

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: NATUREZA, PROBLEMÁTICA E
APLICABILIDADE NO CONTEXTO SOCIAL MODERNO

Mariana Klippert

Florianópolis
2012

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: NATUREZA, PROBLEMÁTICA E
APLICABILIDADE NO CONTEXTO SOCIAL MODERNO

Mariana Klippert

Monografia defendida como encerramento do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito Civil, com o escopo de identificar a aplicabilidade do instituto dos Alimentos Compensatórios dentro da doutrina do Direito Civil Moderno e das mudanças no contexto social atual.

Orientadora: Prof.^a Renata Raupp Gomes

Florianópolis
2012

Aos meus pais, Paulo Klippert e Maristela
Homem, com muito carinho, por todo o
amor, educação e investimento. Ao meu
avô, Carlos Homem, por ser exemplo a
ser seguido.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos à Universidade Federal de Santa Catarina e a todos os Professores que compõem o corpo docente desta Universidade.

Agradeço aos membros da banca, Professora Renata Raupp Gomes, Professor André Soares Oliveira e Anna Carolina Faraco Lamy, pela orientação.

Aos meus familiares, especialmente aos meus pais, por me apoiarem incondicionalmente e estarem ao meu lado sempre que precisei.

Aos meus amigos, tanto àqueles que sempre estiveram presentes em minha vida, quanto àqueles que, apesar da ausência ou distância, nunca deixaram de me oferecer apoio.

E a todos aqueles que me ajudaram na realização e conclusão deste estudo.

RESUMO

A aplicabilidade do instituto dos alimentos compensatórios diante do contexto social moderno, quando do término da relação conjugal, e diante de grande descompasso entre o padrão de vida experimentado durante a convivência e o pós separação. Os dogmas norteadores da matéria, tais como o respeito à dignidade humana, a solidariedade familiar, o dever moral de auxílio entre os cônjuges, permitem que aquele economicamente suficiente se obrigue à verba compensatória, com vistas ao restabelecimento do hipossuficiente após a mudança bruta de costumes diários. A nova concepção social, responsável pelas transformações do conceito de família, da inversão e modificação dos papéis dos cônjuges, inclusive do que tange à inclusão da mulher no mercado de trabalho e na sociedade, não são obstáculos à aplicação do instituto compensatório. Antes disso, somente diante do novo cenário de cooperação e integração entre os indivíduos é que se pode falar em pensão alimentar com vistas à manutenção de padrão de vida e existência digna.

Palavras-chave: alimentos compensatórios, padrão de vida, desequilíbrio conjugal pós separação, transformação das relações sociais, papel feminino na sociedade

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO ALIMENTAR	9
2.1	BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	9
2.2	CONCEITO E FUNDAMENTOS BÁSICOS DO DIREITO AOS ALIMENTOS	12
2.3	PRINCÍPIOS DOS ALIMENTOS.....	16
3	CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INSTITUTO DOS ALIMENTOS.....	26
3.1	DISPOSITIVOS LEGAIS	26
3.2	PRESSUPOSTOS CONSTITUTIVOS DO INSTITUTO ALIMENTAR.....	29
3.3	FONTES DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	35
3.4	TIPOS DE ALIMENTOS	37
3.5	ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS	39
3.5.1.	CONCEITO	39
3.5.2.	CARACTERÍSTICAS.....	41
3.5.3.	FUNDAMENTO LEGAL.....	44
3.5.4.	O INSTITUTO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	46
3.5.5.	PROBLEMÁTICA	48
4	CONTORNOS DA RELAÇÃO FAMILIAR MODERNA: O PAPEL DOS CÔNJUGES NA SOCIEDADE E O CABIMENTO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS	54
4.1	CONCEITO DE FAMÍLIA MODERNA	54
4.2	TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS	57
4.3	O PAPEL FEMININO E MASCULINO DA SOCIEDADE	59
4.4	A APLICABILIDADE DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS.....	61
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Tem-se no Direito de Família o ramo da ciência jurídica que regula as relações íntimas, entre os membros da sociedade familiar e entre estes e outros bens e pessoas.

Nesta seara, se destaca o instituto dos alimentos, que é, por excelência, umas das mais importantes facetas do Direito de Família, uma vez que exprime quase a totalidade das características do Direito Familiar puro, destacando, sobretudo, a relevância primordial dos elementos social, ético e moral, transformadas em normas jurídicas altamente sancionáveis.

Assim, o instituto alimentar visa atender àqueles que não tem condições de suprir as próprias necessidades, num cenário de solidariedade familiar e conjugal, consubstanciado nos princípios constitucionais de direito à vida, na defesa da dignidade da pessoa humana e, em última análise, em prol de uma sadia convivência em sociedade.

Dentro deste cenário, destaca-se a obrigação alimentar compensatória, aplicável às relações conjugais, em que se objetiva não somente a sobrevivência do cônjuge divorciado, mas a manutenção da vida digna e condizente com sua condição social até então experimentada, quando da constância da relação marital.

A norma que baseia a verba alimentar compensatória está contida no art. 1.694 do Código Civil, consubstanciada na possibilidade dos cônjuges requererem a verba de que “que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”. Contudo, somente nos últimos anos o instituto teve espaço jurisprudencial, sendo utilizada em casos em que o direito à manutenção do padrão de vida experimentado quando da união conjugal é resguardado àquele cônjuge hipossuficiente, restando ao consorte a prestação da verba alimentar, sem prejuízo dos alimentos comuns, destinados à sobrevivência e despesas básicas.

Por se tratar de instituto misto, que explora os limites da exigibilidade da verba alimentar e tem foco voltado para o patrimônio financeiro e padrão de vida dos cônjuges que sofrem um rompimento da relação conjugal, é tema bastante polêmico. Isso pois, ao contrário dos alimentos tradicionais, que tem o objetivo de suprir as necessidades daquele desassistido materialmente por aquele que, detendo condições financeiras, tem vínculo familiar ou de afetividade que lhe imputa a obrigação, é determinado apenas pelo status vivenciado pelo casal, obrigando o cônjuge economicamente mais forte ao amparo do padrão de vida daquele que, por decorrência do desfazimento do vínculo com este, perde parte do próprio sistema de vida.

Procura-se, neste trabalho, discutir a aplicabilidade do instituto, confrontando as principais divergências e críticas acerca do assunto, tais como a natureza mista do instituto, a possibilidade de imputação da obrigação, a aplicação diante da modernização das relações familiares e do papel feminino na sociedade.

2 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO ALIMENTAR

2.1 Breves Considerações Históricas

O instituto dos alimentos já é conhecido desde o direito romano, tendo sido instituído inicialmente nas relações de clientela e patronato¹. Detinha origens variadas, sendo a relação familiar apenas uma delas, ao lado da obrigação por convenção, do testamento e da tutela. Consta do Digesto Romano que “*Non solum alimenta pupillo prastari debent, sed et in studia, et in ceteras necessárias impensas debet impendi pro modo facultatum*”².

O fato do instituto não ter inicialmente grande repercussão no direito de família tem uma razão de ser muito clara: no sistema romano, o grupo familiar baseava-se, primordial e exclusivamente, na figura do *paterfamilias*, figura que mescla o caráter familiar com a figura política do soberano e chefe do grupo social. Diante disso, detendo todo o poder nas mãos, concentrava também todos os direitos, sem qualquer obrigação que o vinculasse em relação aos dependentes. Veja-se que aqueles submetidos ao patriarca não detinham capacidade jurídica alguma que os permitisse exercitar o direito aos alimentos, e de mesmo modo, não tinham qualquer patrimônio que, na direção inversa, pudesse ser demandado.

A transformação, e de certa forma, humanização das relações familiares nos eixos atuais, vem a ocorrer em momento posterior, quando adquire relevância o vínculo de sangue no dever de solidariedade, naturalmente existente entre os membros de uma mesma família e antes subjugado pelo poder que exercia a figura central paterna.

¹ CAHALI, 2002, P. 41

² Digesto, Lib. XXXVII, Tit. X, De Carboniano edicto, fr. 6, § 5, apud CAHALI, 2002.

Como bem salienta Yussef Cahali³,

Terá sido a partir do principado, com concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior, quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral de socorro, embora largamente sentido, em obrigação jurídica própria, a que corresponderia o direito alimentar (...).

Já na época de Justiniano, foi assegurado o direito aos alimentos recíprocos, dentro da família legítima em grau maior, e restrito a ascendentes maternos, pai e descendentes na família ilegítima⁴. Também surge nesta época o direito aos alimentos em linha colateral.

Por sua vez, a existência dos alimentos conjugais no período romano é matéria controvertida entre os doutrinadores. A grande maioria, porém, entende que surge tal obrigação também na época de Justiniano, e somente em benefício da mulher, sendo o marido excluído da possibilidade de requerer alimentos em caso de necessidade.

Já no direito canônico, a obrigação alimentar foi considerada para além do círculo familiar, com origem no vínculo religioso, destacando-se o clericalato, o monastério e o patronato como origem do dever alimentar por parte da Igreja para com seus subordinados e integrantes. De mesmo modo, existem registros de que a Igreja consideraria a obrigação alimentar também em relação ao asilado, e impunha tal vínculo entre padrinho e afilhado, em referência ao vínculo espiritual formado entre tais sujeitos. Também, frente à figura sagrada do matrimônio, institui-se a obrigação recíproca entre os cônjuges casados sob a égide da Igreja Católica.⁵

³ CAHALI, 2002. P. 42

⁴ CAHALI, 2002. P. 44

⁵ CAHALI, 2002, P. 45

Chegando ao direito brasileiro pré-codificado, encontra-se a compilação jurídica denominada Ordenações Filipinas⁶, que, em seu texto mais citado pela doutrina, determinam que

Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dadas por soldadas, o Juiz lhe ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo o mais em cada um ano. E mandará ensinar a lei e escrever aqueles, que foram para isso, até a idade de doze anos.

Por tal transcrição já se percebe claramente o papel do instituto dos alimentos na época, muito semelhante ao que se apresenta atualmente, contudo, em referência somente aos órfãos menores de doze anos de idade.

Nessa fase também aparece o documento intitulado Assento de 09.04.1772, que determina o dever de cada pessoa prover o próprio sustento, esclarecendo, porém, exceções à regra, hipóteses estas que se enquadram na obrigação alimentar entre descendentes, legítimos ou não, ascendentes, transversais, primos e outros consanguíneos, quedando silente, contudo, em relação à obrigação conjugal.⁷

Destaque-se, na linha temporal, a existência do Decreto n. 181/1890, que conferia pensão à mulher “inocente e pobre”, a ser adimplida pelo marido.⁸

Por sua vez, o Código Civil de 1916 também imputava ao marido, chefe da sociedade conjugal, a manutenção da família (art. 233, IV), além de fazer a obrigação derivar do parentesco (arts. 396 e seguintes). Sobre tal período, leciona Madaleno que

Lembram todos, com efeito, quando ainda vigia outra realidade social da mulher brasileira, que a legislação lhe assegurava alimentos em

⁶ Ordenações Filipinas, Liv. I, Tit. LXXXVIII, § 15, apud CAHALI, 2002. P. 17

⁷ CAHALI, 2002. P. 46

⁸ RODRIGUES, 1978. P. 153 apud RIZZARDO, 2009. P. 733

qualquer circunstância, salvo se por expresso consignasse não precisar exercer este seu direito preexistente por presunção geral. A pensão alimentar despontava obrigatoriamente, nos antigos processos de desquite, depois transformados em separações judiciais com o advento da lei divorcista de dezembro de 1977.

Contudo, o doutrinador também aponta que neste período começa a gradativa mudança pela qual passa o direito, em relação à pensão conjugal e a transformação das relações sociais no país⁹:

Já naquela época Domingo Sávio Brandão Lima sinalizava justamente na direção oposta ao dessincronizado direito alimentar da mulher separada, observando que a separação conjugal não poderia ser transformada em um processo de viver à custa alheia, devendo ser evitada a incrementação e proliferação dos parasitas do vínculo matrimonial.

Assim, por força das diversas transformações sociais da família, a legislação posterior veio a modificar drasticamente os conceitos de dever alimentar, chegando às disposições que vigem atualmente, e que serão demonstradas ao longo deste trabalho, especialmente do que se refere à pensão conjugal e o papel feminino dentro da sociedade.

2.2 Conceito e fundamentos básicos do Direito aos Alimentos

O ser humano, como bem se sabe, é por natureza dependente de seus iguais, seja física ou socialmente. Cahali¹⁰ ainda ensina valiosa lição, quando afirma que

(...) o ser humano – por sua estrutura e natureza – é um ser carente por excelência; ainda no colo materno, ou já fora dele, a sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários à sua manutenção faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração.

⁹ MADALENO, 2004. P. 198

¹⁰ CAHALI, 2002. P. 29

Nesse sentido, veio o direito normatizar tal relação de dependência, e conseqüentemente o dever de auxílio, em prol daqueles menos afortunados, pelo que surge, entre outros remédios sociais elevados a ordem jurídica, a figura da obrigação alimentar.

Assim, os alimentos, em sua acepção jurídica, vêm a significar tudo aquilo que é necessário para a sobrevivência humana, de forma digna e compatível com a própria inserção do indivíduo no meio onde vive. Abrange não só a alimentação, como a palavra dá a entender, como também tudo o mais que normalmente complementa o viver: estudo, saúde, lazer, entre outras.

Na lição de Yussef Cahali, “(...) a palavra ‘alimentos’ vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”¹¹. E por necessidades vitais, entende-se tudo aquilo essencial à vida em sociedade.¹²

Veja-se, nesse sentido, que não só o estritamente necessário à sobrevivência é abrangido pelo instituto, como também tudo aquilo que naturalmente faz parte da subsistência, inclusive o necessário para que se mantenha a posição social do indivíduo, sempre dentro dos limites do razoável e daquilo que pode prover o alimentante, figura que representa o devedor da obrigação alimentar. Deste entendimento não destoa Madaleno¹³ quando afirma que

Os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral.

¹¹ CAHALI, 2002. P. 16.

¹² VENOSA, 2003. P. 371

¹³ MADALENO, 2011. P. 821

Denota-se, ainda, aspecto fundamental da obrigação alimentar: o fato de ser imposta a alguém, em benefício daquele que não pode, por seus próprios meios, ter a completude de seus anseios básicos – seja por incapacidade, deficiência, ou outro aspecto relevante. Venosa¹⁴ bem conceitua o instituto quando afirma que são “as prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência”, salientando, portanto, o caráter obrigacional do instituto.

Assim, o instituto alimentar fundamenta-se, primordialmente, na própria natureza humana, que demanda auxílio e vincula seus indivíduos entre si, e, juridicamente, na obrigação moral imputada àqueles mais afortunados. De certa forma, permite a perfectibilização da cadeia obrigacional – de um lado aquele que necessita, e de outro aquele que pode auxiliá-lo, unidos por um laço, seja sanguíneo, de afinidade, ou derivado da responsabilidade civil.

O instituto, nesse sentido, tem por base a própria solidariedade humana, que vê na necessidade do outro a exigência de uma prestação, não deixando de ser, sobretudo, um dever moral transportado ao nível jurídico. Bem salienta Bittar¹⁵ quando afirma que

Fundada na moral (ideia da solidariedade familiar) e oriunda da esquematização romana (no denominado *officium pietatis*), a obrigação alimentar interliga parentes necessitados e capacitados na satisfação de exigências mínimas de subsistência digna, incluindo-se, em seu contexto, não só filhos, mas também pessoas outras do círculo familiar.

Por tais motivos, os doutrinadores e estudiosos da área não destoam ao afirmar que os alimentos tem natureza jurídica mista, na medida em que demandam, sem sombra de dúvida, conteúdo patrimonial, sem que se possa negar o caráter e finalidade pessoais da obrigação.¹⁶

¹⁴ VENOSA, 2003. P. 372

¹⁵ BITTAR, 1991. P. 252 apud VENOSA, 2009. P. 728

¹⁶ GOMES, 2002. P. 535-536 apud GONÇALVES, 2009. P. 457

Nesse mesmo sentido, infere-se outro aspecto do direito alimentar: ora, se prevê a própria sustentabilidade do ser humano, é essencialmente ligado ao direito à vida. Portanto, veja-se que os alimentos são, primordialmente, um direito de personalidade, constitucionalmente consagrado e diretriz fundamental de qualquer ordenamento jurídico moderno.

Madaleno destaca que o direito aos alimentos é intimamente associado ao princípio constitucional do artigo 3º da Carta Magna, que aponta ser objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de relação estreita com o artigo 226 do mesmo diploma, que protege a instituição familiar e o compromisso moral e humanitário entre os integrantes de um círculo íntimo.¹⁷

Por demonstrar tal viés fundamental, é direito especialmente protegido pelo Estado, o que o eleva à categoria de norma de ordem pública, inderrogável, irrenunciável e intransacionável por simples acordo entre as partes.

Nessa esteira leciona Cahali¹⁸ quando afirma que

Dessa natureza publicística das normas disciplinadoras da obrigação alimentícia, deduzem-se outras características fundamentais do instituto: suas regras não podem ser derogadas ou modificadas por acordo entre particulares; o direito de alimentos não pode ser objeto de transação ou renúncia, sendo restrita a vontade individual das convenções a seu respeito.

O caráter público da norma alimentar ainda se justifica por outro viés, na medida em que, ausente a obrigação alimentar particular, resta tal obrigação para o Estado, o que onera, em algum grau, todos os contribuintes dentro de uma sociedade. Nesse sentido, entende-se que o direito alimentar não só garante a sobrevivência do indivíduo, como também evita que a coletividade tenha de tomar a seu cargo a pessoa do necessitado, onerando,

¹⁷ MADALENO, 2004. P. 196

¹⁸ CAHALI, 2002. P. 35

assim, antes aqueles ligados por um vínculo, sanguíneo ou de afinidade, para somente caso estes falhem, onerar toda a sociedade.

Nesse sentido, inclusive, argumenta Gonçalves¹⁹ quando expõe que

O Estado tem interesse direito no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas. Daí a razão por que as aludidas normas são consideradas de ordem pública, inderrogáveis por convenção entre os particulares e importas por meio de violenta sanção, como a pena de prisão a que está sujeito o infrator.

Ressalte-se que, inclusive, a pena de prisão citada é a única existente na esfera cível, para aquele que descumpre a obrigação alimentar, não subsistindo mais tal pena para o depositário infiel. Portanto, não há receio em proclamar a extrema importância do instituto, sendo o único detentor da mais severa consequência dentro do direito civil brasileiro.

E por que não afirmar, ainda, o interesse Estatal também na boa convivência e convivência daqueles que vivem sob sua tutela, na medida em que cada indivíduo é parte da sociedade e para ela contribui, e assim não o faria se lhe faltasse qualquer premissa básica para sua sobrevivência.

2.3 Princípios dos Alimentos

Diversos são os princípios que norteiam a aplicação das normas referentes à obrigação alimentar. Doutrinariamente, as hipóteses que identificam os nortes do instituto são bastante variadas, porém, alguns são considerados pacificamente, sendo estes demonstrados a seguir.

2.3.1 Irrenunciabilidade

¹⁹ GONÇALVES, 2009. P. 456

Decorre do caráter personalíssimo do direito alimentar, que determina que ninguém pode se auto privar do direito aos alimentos, uma vez que também não lhe é permitido que o faça em relação ao próprio direito à vida. Nesse sentido argumenta Dantas quando diz que “como não se pode renunciar à própria vida, também não se pode renunciar ao direito aos alimentos, uma decorrência lógica do primeiro.”²⁰

Encontra-se transcrito no artigo 1.707 do Código Civil, que determina que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

Assim, veja-se que a este princípio também estão intimamente relacionados alguns outros citados pela doutrina, como a incessibilidade, a impenhorabilidade, a incompensabilidade, a imprescritibilidade e a intransacionabilidade, todos embasados na mesma característica personalíssima e irrenunciável do direito aos alimentos como direito fundamental.

Venosa esclarece que, contudo, a irrenunciabilidade não se aplica aos valores vencidos e não pagos, que podem ser transacionáveis.²¹ Contudo, ainda que veja exercida a opção de renúncia aos valores atrasados, ou compensação com dívidas pretéritas, extinguindo tal crédito, o direito de exigir os alimentos pode ser retomado a qualquer tempo, desde que presentes as condições autorizadoras para tanto. Conclui Cahali por dizer que, portanto, “a irrenunciabilidade atinge o direito, porém não o seu exercício”²²

²⁰ DANTAS, 1991. P. 22 apud RIZZARDO, 2009. P. 735

²¹ VENOSA, 2003. P. 379

²² CAHALI, 2002. P. 51

Assim, o princípio irrenunciabilidade dentro da obrigação alimentar familiar não é alvo de grandes discussões, tendo a doutrina e jurisprudência agido pacificamente em aplicá-lo. Contudo, o mesmo não se pode dizer acerca da renúncia aos alimentos após o término da relação conjugal.

A opção de requerer os alimentos a qualquer tempo, dentro da relação conjugal, encontra-se disposta no artigo 1.704 do Código Civil, quando diz que “se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.” Assim, vê-se clara a obrigação alimentar conjugal, contudo, restrita à aferição de culpa no processo de separação, complementando o parágrafo único ao dizer que “se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.” Portanto, a direito irrenunciável dos alimentos não seria absoluto, sendo suprimido nos casos de culpa do cônjuge.

A primeira discussão diz respeito à Emenda Constitucional 66/2010, que introduz a figura do divórcio direto, deixando à margem do direito os dispositivos referentes à separação judicial, inclusive todos aqueles relacionados à aferição da culpa dentro do processo de separação, como é o caso do artigo 1.704.

Sobre tal desentendimento, ensina Madaleno²³, quando explica que os dispositivos que fazem referência à culpa na separação judicial estariam

derrogados em razão da Emenda Constitucional n. 66/2010, que colocou o instituto da separação judicial litigiosa em rota de colisão com o atual divórcio direto e não causal, pois como deflui da redação dos dispositivos em destaque, o exame processual da culpa, para efeito de conceder apenas os alimentos naturais e negar os alimentos plenos ou côngruos, só poderia ser apurado em processo de separação judicial litigiosa (...)

²³ MADALENO, 2011. P. 822.

Nesse sentido, não mais sobrevive a exigência do artigo 1.704, entendendo-se, portanto, pela existência do fundamento para que se requeira a pensão alimentar diante do fim do vínculo conjugal, desde que presentes seus requisitos autorizadores, tornando o dogma da irrenunciabilidade regra geral.

Mas a referida Emenda não encerra as discussões sobre o tema. Nem mesmo o entendimento sumular proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da renúncia aos alimentos conjugais, determinando que “no acordo de desquite, não se admite a renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”²⁴ foi capaz de por fim à discussão doutrinária e jurisprudencial.

Isso pois, em segundo lugar, existe a figura da renúncia expressa dos alimentos no divórcio, que origina divergência quanto à sua validade. José Francisco Basílio de Oliveira opta pela validade da cláusula de renúncia, entendendo que tal declaração de vontade faz cessar em definitivo qualquer responsabilidade ou dependência alimentar entre os cônjuges.²⁵ Madaleno também anda nesta direção, salientando que a impossibilidade de renúncia expressa no divórcio não mais faz sentido diante da realidade atual, onde a mulher não mais se reveste da fragilidade de outra época, pelo que o direito alimentar vitalício não mais tem lugar na sociedade.²⁶

Ana Maria Gonçalves Louzada, por sua vez, levanta a solidariedade humana como princípio fundamental, entendendo pela sobrevida do direito aos alimentos após a decretação do divórcio. Assim também pensa Sérgio Gischkow Pereira, relatando que o artigo 1.708 do Código Civil, que enumera

²⁴ STF, Súmula 379

²⁵ OLIVEIRA, 2008. P. 430 apud MADALENO, 2001. P. 868

²⁶ MADALENO, 2001. P. 872

expressamente as causas que fazem cessar o dever de alimentos, não cita o divórcio como uma delas.²⁷

Assim, permanecem ambos os entendimentos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o que, como se verá adiante, constitui uma das facetas polêmicas dos alimentos compensatórios, devidos após o término da relação conjugal.

2.3.2 Divisibilidade

Refere-se à característica de não presunção de solidariedade entre os co-obrigados à prestação alimentar, pois que o caráter solidário jamais se presume, resultando da lei ou da vontade das partes expressamente (art. 264 do Código Civil).

Assim, o direito alimentar é divisível entre os devedores, cada um respondendo pela cota-parte a que diz respeito, não podendo, por exemplo, o credor suscitar a cobrança da totalidade da dívida de apenas um dos obrigados.

Inclusive, não é faculdade do credor chamar apenas um dos devedores a cumprir a obrigação. Se o fizer, estará sujeito a receber apenas a parte que cabe a este devedor demandado. A ação, portanto, deve ser direcionada a todos os devedores, cabendo ao juiz, no caso, ratear a pensão conforme a capacidade de cada um, inclusive exonerando o cargo daquele que considera incapacitado de adimpli-lo.²⁸

2.3.3 Intransmissibilidade ativa e transmissibilidade passiva

²⁷ LOUZADA, 2008. P. 72-73. PEREIRA, 2007. P. 40-41 apud MADALENO, 2011.

²⁸ GONÇALVES, 2009. P. 468

A intransmissibilidade ativa se sustenta como característica lógica do caráter personalíssimo dos alimentos.²⁹ Ora, se é o credor necessitado, não pode este transferir o direito a outrem, posto que a este terceiro não só lhe falta o vínculo que liga credor e devedor, que é único, como também pode lhe faltar algum dos pressupostos essenciais à exigibilidade da prestação, o que corrói definitivamente o direito aos alimentos.

Tal pressuposto consta da parte final do artigo 1.707 do Código Civil, que determina que o crédito alimentar é “insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Cahali explica que, em relação ao direito dos herdeiros na sucessão dos direitos do *de cuius*,³⁰

A obrigação alimentar se extingue com a morte do credor, não podendo seus herdeiros, nessa quantidade, demandar do primitivo devedor a continuidade da prestação alimentar; se os herdeiros do falecido forem igualmente necessitados, poderão reclamar alimentos apenas como parentes da pessoa que seja obrigada, invocando um direito próprio, originário, se o tiverem, e não como sucessores daquele.

A transmissibilidade passiva, por sua vez, encontra-se transposta no artigo 1.700 do Código Civil, que determina que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.” Assim, grande parcela dos doutrinadores entende pela clareza do dispositivo, ao afirmar a transmissibilidade da obrigação por parte do devedor.³¹

Contudo, Cahali³² discorda de tal entendimento, ao afirmar que a intransmissibilidade é, de fato, a regra geral, e que

²⁹ CAHALI, 2002. P. 52

³⁰ CAHALI, 2002. P. 52-53

³¹ ALDROVANDI, FRANÇA. 2004. P. 19

³² CAHALI, 2002. P. 55

O que se transmite aos herdeiros não é a obrigação de prestar alimentos propriamente dita, mas a de pagar as prestações atrasadas, esvaidas estas do caráter de prestação de alimentos, transfiguradas em dívida comum.

Gonçalves coaduna com a interpretação restritiva do dispositivo, acrescentando ainda que deve-se levar em conta, sobretudo, o contido no artigo 1.792, no sentido de que “o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança” e, portanto, “não faz sentido que os herdeiros do falecido terem de se valer dos próprios recursos, e na proporção deles, para responder pela obrigação alimentar”.³³

Ainda há discussão acerca do direito alimentar referente ao credor que, ao mesmo tempo, também está incluído no rol de herdeiros do falecido, como é o caso do cônjuge casado sob os regimes que não o da separação obrigatória ou comunhão parcial sem bens particulares do falecido. Quanto à este ponto, Gonçalves afirma que “somente se justifica a transmissão do direito ao cônjuge se, em razão do regime de bens no casamento, não estiver assegurado o seu direito à herança”.³⁴

Foi visando a resolução destes conflitos interpretativos que surgiu o Projeto de Lei 6.920/2002, que propõe nova redação ao artigo 1.700, para que conste: “A obrigação de prestar alimentos decorrente do casamento e da união estável transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites das forças da herança, desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido.”

Gonçalves ainda explica que, ainda que tal projeto não tenha sido convertido em lei, deve ser tomado como norte na aplicação do dispositivo, pois que resulta da maneira mais ajustada de se compreender a real intenção do legislador civil de 2002.

³³ GONÇALVES, 2009. P. 466

³⁴ GONÇALVES, 2009. P. 467

2.3.4 Irrepetibilidade

Também chamada de irrestituibilidade, determina a impossibilidade dos valores pagos a títulos de alimentos serem devolvidos ao devedor, qualquer que seja o motivo pelo qual se peça tal devolução. Ora, se se destinam a manter o indivíduo carente, não poderia este jamais devolver aquilo que já foi usufruído, por absoluta impossibilidade física.

Tal dogma se aplica, inclusive, nas hipóteses de concessão de alimentos em caráter provisório ou diante de casamento nulo ou anulável, haja vista que o dever alimentar é, sobretudo, dever moral, não cabendo a exigência de sua devolução. E assim, constituindo ordem pública, não pode ser afastado, devendo subsistir até que haja decisão em contrário.

Este princípio, nas diversas doutrinas acerca do assunto, não encontra discussões ou divergências de grande porte, normalmente sendo considerado absoluto pelos estudiosos. Contudo, Parizzato³⁵ explicita uma hipótese em que enxerga uma exceção à regra, quando afirma que

A única hipótese de restituição seria no caso de se provar que a obrigação era de terceiro e não fora por esse cumprida, mas sim por outrem, cabendo nesse caso o pedido de restituição contra a pessoa então obrigada, jamais contra o alimentando.

Explica, ainda, uma pequena hipótese de compensação por valor pago a mais, entendendo pela possibilidade de desconto na próxima prestação, a fim de que não se admita um injusto enriquecimento sem causa do alimentante.

2.3.5 Reciprocidade

O direito alimentar recíproco entre ascendentes e descendentes vem estampado no artigo 1.696, que determina que “o direito à prestação de

³⁵ PARIZZATO, 2005. P. 277

alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Assim, vê-se que, aquele quem está obrigado a prestar os alimentos também reveste-se do direito de pretendê-los, na medida de sua necessidade e da capacidade do devedor. Rizzardo³⁶ explica que tal assertiva não resulta em concomitância das obrigações – até porque ninguém pode ser necessitado e auto-suficiente ao mesmo tempo – e sim na possibilidade de revezamento ou alternância entre credor e devedor, de acordo com as possibilidades econômicas ao tempo do pedido. Cahali conclui que, na verdade, o que há é a coexistência de ambos os direitos em estado potencial, não sendo, portanto, o direito de uma das partes a causa do direito da outra.³⁷

Por sua vez, denota-se que a reciprocidade também abrange a relação conjugal, ditando o artigo 1.694 que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social (...)”.

Em referência a tal dispositivo, Rizzardo explica que “dadas as vicissitudes da vida, não é fora de cogitação que também se verifique uma drástica alteração das condições econômicas, mormente se um dos cônjuges se torna inválido, e todas as suas economias são derruídas (...)”³⁸, o que também justifica, em prol do princípio da solidariedade humana, que se revertam os papéis antes assumidos.

E veja-se, por fim, que dentro da relação conjugal, outro fundamento ainda sustenta a reciprocidade alimentar: o conceito de mútua assistência, estampado no artigo 1.566 do Código Civil, dispositivo este que enumera os

³⁶ RIZZARDO, 2009. P. 741

³⁷ CAHALI, 2002. P. 130

³⁸ RIZZARDO, 2009. P. 741

deveres dentro do vínculo matrimonial que, pacificamente, se estendem também à união estável. Assim, Tavares da Silva bem explica que tal dever de mútua assistência não só diz respeito ao conteúdo moral da relação, no trato dos filhos e das obrigações conjuntas, mas também na divisão equânime das responsabilidades materiais, o que permite a reciprocidade do dever alimentar, durante e após a constância do vínculo.³⁹

2.3.6 Mutabilidade ou não-formação de coisa julgada material

Vem transcrita no artigo 1.699 do Código Civil, que dita que, após já fixados os alimentos, se “sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.”

Verifica-se, portanto, que a pensão alimentícia sempre é variável, considerando-se as circunstâncias econômicas e sociais dos envolvidos na época do pagamento, podendo, a qualquer tempo, ser alterada ou até extinta temporariamente (caráter intermitente), desde que comprovada a mudança dos padrões antes verificados.

Tal característica decorre logicamente do fato de que a obrigação alimentar é intimamente ligada à necessidade humana, que dificilmente mantém um padrão frente às mudanças econômicas e sociais do sujeito da obrigação.

É, inclusive, a mutabilidade da obrigação alimentar que permite a reciprocidade antes mencionada, pois que se engessada a possibilidade de revisão da pensão alimentícia, não haveria que se falar em inversão de pólos.

Assim, Rizzardo explica que, diante deste princípio, a sentença que estipula alimentos não tem caráter definitivo, senão na declaração de vínculo entre credor e devedor, mas nunca em relação à quantia a ser adimplida.

³⁹ SILVA, 2002. P. 1.365 apud ALDROVANDI, FRANÇA, 2004. P. 63

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INSTITUTO DOS ALIMENTOS

3.1 Dispositivos legais

Diversos são os dispositivos legais que regem o instituto alimentar. Destacam-se, a seguir, os referentes à obrigação conjugal, especificamente,

Dentre os presentes no Código Civil, estão:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Tal artigo determina os deveres conjugais, dentre os quais, no inciso III, entra a obrigação alimentar conjugal.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Da mesma forma, o citado dispositivo regulamenta a pensão alimentícia, delimitando a legitimidade para requerer o benefício, a proporção em que podem ser requeridos e a exigência de ausência de culpa da necessidade, que impõe a imposição da obrigação alimentar exclusivamente

natural. Este dispositivo é o responsável pelo binômio necessidade-possibilidade e pelo princípio da proporcionalidade dos alimentos.

Este artigo tem especial importância, posto que, ao permitir que os alimentos sejam requeridos com o fim de “viver de modo compatível com a sua condição social”, possibilita e dá lugar à tese da pensão alimentícia compensatória, tema deste estudo, que será exposta oportunamente.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Tal artigo delimita a legitimidade passiva da obrigação alimentar, limitada àquele hipossuficiente, e também a ativa, restrita ao indivíduo que pode sustentar, além do beneficiário, a si mesmo sem prejuízo de qualquer um.

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

O artigo 1.699 estabelece a regra da mutabilidade, ou não formação de coisa julgada material, da dívida alimentar. Possibilita a revisão da pensão, em caso de mudança econômica tanto do credor quanto do devedor, para aumentar, majorar ou até suspender a obrigação.

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Determina, por sua vez, este artigo o princípio da transmissibilidade passiva dos alimentos, aplicável à obrigação conjugal.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Os artigos anteriormente transcritos, segundo Madaleno⁴⁰, restam derogados, diante das inovações trazidas pela Emenda Constitucional 66/2010, que institui a figura do divórcio direto e elimina a discussão acerca da culpa na separação judicial.

Art. 1.706. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.

Este dispositivo regula a possibilidade de exigência dos alimentos provisionais, no curso do processo principal, de acordo com o que preconiza os artigos 852 e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Determina o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos, decorrente do caráter personalíssimo do direito alimentar. Secundariamente, estabelece o princípio da impenhorabilidade, inextinguibilidade, incompensabilidade, entre outros, todos objetivando a impossibilidade do credor abrir mão do direito pessoal dos alimentos.

Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Art. 1.709. O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio.

Ambos os artigos dizem respeito ao termo final da pensão alimentícia conjugal, que não cessa com a nova união do devedor, mas cessa com a nova união do credor. Quanto ao procedimento indigno de que trata o parágrafo único do artigo 1.708, a Jornada III do STJ determinou que, por

⁴⁰ MADALENO, 2011. P. 822

analogia, aplicam-se as hipóteses do artigo. 1.814, referentes à exclusão de herdeiro por indignidade.⁴¹

Além dos artigos citados, importante mencionar a Lei 5.479/68, denominada comumente de Lei de Alimentos, que dispõe sobre a ação de alimentos, procedimento de rito especial, e que abarca quase a totalidade dos princípios e fundamentos expostos neste trabalho aplicadas ao direito processual, majoritariamente.

3.2 Pressupostos constitutivos do instituto alimentar

Também chamados de condições objetivas por Yussef Cahali, a doutrina, comumente, aponta três como sendo os pressupostos constitutivos da obrigação alimentar, quais sejam: i) o vínculo, sanguíneo ou conjugal, entre credor e devedor; ii) a necessidade e incapacidade de sustento do credor; iii) a possibilidade financeira do devedor.

O primeiro pressuposto diz respeito à legitimidade do credor em requerer os alimentos, que só subsiste quando existente um vínculo que o ligue ao devedor da pensão. Assim, conforme estampa o artigo 1.694 do Código Civil, “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem”, não havendo muitas divergências quanto à este ponto.

Nesse sentido, o pressuposto de legitimidade diz respeito à quem pode requerer e de quem pode se requerer os alimentos, sendo, portanto, referente aos sujeitos da obrigação. Os demais pressupostos, por sua vez, dizem respeito à fixação da obrigação em si, sendo, ao mesmo tempo, autorizadores da obrigação e nortes quantitativos do valor devido.

⁴¹ NERY JUNIOR; NERY, 2006. P. 932

O segundo e terceiro pressupostos formam o chamado binômio necessidade/possibilidade, decorrente do contido no artigo 1.695 do diploma civil: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

Quanto ao requisito da necessidade, infere-se que somente o indivíduo que não possui recursos próprios que permitam a satisfação da totalidade de suas necessidades, sejam naturais (alimentação, vestuário, saúde, etc), sejam civis (condições sociais), poderá requerer a pensão alimentícia.

Gonçalves explica que pouco importa a causa pela qual o reclamante foi reduzido à condição de necessitado, tendo direito à pensão ainda que culpado pelo próprio estado.⁴² Em caso de culpa, porém, argumenta que o credor somente teria direito aos alimentos necessários à subsistência, como proclama o § 2º do artigo 1.694 do Código Civil. Nesse norte, Aldrovandi e França expõem que justo será reduzir o quantum da obrigação alimentar devida ao alimentando, diante de comportamento irresponsável, voluntário ou negligente, que resulte na situação de necessidade do credor.⁴³

A titularidade de bens por parte do credor necessitado é tema polêmico e gera discussões na doutrina abordada. Alguns estudiosos afirmam que a existência de bens imóveis, por exemplo, impossibilita o pedido de alimentos, pois que poderia o credor procurar meios para sua sobrevivência pela venda de tais bens.⁴⁴ Assim pensa Magalhães quando afirma que⁴⁵

⁴² GONÇALVES, 2009. P. 484

⁴³ ALDROVANDI; FRANÇA, 2004. P. 97

⁴⁴ LAURENT, 1878, P. 98 apud CAHALI, 2002, P. 718

⁴⁵ MAGALHÃES, 2003. P. 262

O instituto jurídico dos alimentos possui uma característica socorrista e não foi criado pelo legislador com o fito de estimular a ilícita locupletação de um parente pelo outro, muito menos a ociosidade. Assim, só poderá fazer uso dele quem se encontrar em situação de pobreza, *pietatis causa*, não dispondo de bens materiais suscetíveis de apreciação econômica que possam ser vendidos para fazer frente às suas necessidades materiais.

Contudo, outros afirmam que a existência de bens de forma alguma exclui a necessidade, já que a alienação dos mesmos resultaria em satisfação temporária das necessidades, resolvendo-se, portanto, em inútil depauperamento do patrimônio.⁴⁶ Ao que parece, de fato não se poderia condenar o necessitado à miséria absoluta, fazendo com que resolva todos os bens que possui por uma breve subsistência, haja vista que, se não há renda ou possibilidade de uso dos bens para esse fim, não há sentido real na alienação dos mesmos.

Cahali ainda explicita outro conceito importante no que se refere à necessidade do credor: afirma que a máxima segundo a qual aquele que pode trabalhar não tem direito à alimentos não pode ser considerada absoluta, pois na medida em que a necessidade é relativa a cada indivíduo, assim também o é o trabalho, já que deve se considerar a posição social, a formação e as possibilidades daquele que ansia pela pensão. Explica-se: não seria razoável concluir que, tendo conseguido emprego que não atende completamente às suas necessidades, dispostas pelo próprio padrão de vida, não teria o sujeito direito à pensão alimentícia para complementar a renda mensal insuficiente. E nesse sentido vem entendendo a jurisprudência pátria, ao conceder pensão alimentícia ainda que haja a possibilidade de trabalho, seja porque a possibilidade não se concretizou ou porque não se concretizou a ponto de que o credor se estabeleça com dignidade diante da vida que possui.⁴⁷

Contudo, Cahali explica que tal entendimento também se aplica de modo inverso: se o credor tem habilidades para o trabalho, é justo que o faça,

⁴⁶ AMATO, 1973, P. 122. TAMBURRINO, 1958. P. 42 apud CAHALI, 2002. P. 718

⁴⁷ RIZZARDO, 2009. P. 754

como complemento à pensão que recebe, e com o objetivo de desonerar parte do encargo direcionado ao devedor, com vistas até mesmo na extinção da obrigação, eventualmente.

Assim, não existem limites ou regras precisas que determinem quando há e quando não há a possibilidade de petição de alimentos em relação às necessidades do credor, devendo existir o tão bem quisto bom senso entre ambos os polos obrigacionais e por parte do julgador. Entende-se, portanto, pela existência de uma regra mais de fato do que de direito, flexível e adaptável. Acentua Cahali tal premissa quando afirma que “não há aqui, senão uma questão de fato, que se remete ao prudente arbítrio do juiz, não se podendo a respeito regras precisas”.⁴⁸

Contudo, também existem críticas decorrentes de tal imprecisão legislativa. Aldrovandi e França⁴⁹ argumentam que

(...) alguns dos problemas decorrentes da imprecisão de critérios para a fixação dos alimentos são apontados (...): a) a dificuldade em se conhecer precisamente as possibilidades do alimentante, tendo em vista que em muitos casos pode haver ganhos variáveis e sujeitos à oscilações periódicas; b) dificuldade do alimentando provar o exato valor dos ganhos do alimentante, dependendo da atividade por ele exercida; c) dificuldade em se conhecer e valorar as reais necessidades do alimentando, que englobam além das necessidades fundamentais da vida, outras associadas ao seu nível cultural e socioeconômico.

Porém, difícil seria imaginar solução legislativa que estabelecesse padrões ao mesmo tempo rígidos e corretos para delimitação da obrigação alimentar, pois que não poderia uma lei com diretrizes fixas ser capaz de prever exaustivamente todo tipo de situação que caracteriza a relação entre as partes.

Por sua vez, infere-se que não se pode pensar na necessidade do credor de maneira exclusiva, sendo a possibilidade de devedor parte

⁴⁸ CAHALI, 2002. P. 721

⁴⁹ ALDROVANDI; FRANÇA, 2004. P. 100

indissociável do binômio que rege a matéria. Nesse sentido, não pode o devedor privar-se do necessário à própria manutenção ou submeter-se a uma situação de necessidade em prol do pagamento da pensão àquele necessitado, posto que a lei não quer o perecimento do alimentado, mas também não deseja o sacrifício do alimentante.⁵⁰

Para que se apure a capacidade econômica do devedor e quanto poderá ser desembolsado para o fim alimentar, devem-se considerar rendimentos e patrimônio líquidos, pois que uma vasta coleção de bens não rentáveis, ou de igual forma um grande rendimento acompanhado de tão grande quantidade de débitos, não são hábeis a comprovar os meios de subsistência do alimentante.

Assim, na mesma esteira do entendimento aplicável ao necessitado, não seriam os bens do sujeito da obrigação por si só capazes de permitir uma análise econômica confiável. No mais das vezes, representam indícios de boa condição financeira, mas raramente são meios absolutos para comprovar rendimentos capazes de suportar o encargo alimentar sem prejuízo do próprio alimentante. Conforme bem salienta Veloso, não seria razoável nem justo constranger o devedor a alienar imóveis de sua propriedade para atender às necessidades do alimentante⁵¹, na mesma esteira do que se aplica ao alimentado.

Por isso, pode o alimentante ser considerado incapaz de adimplir a pensão. Contudo, a orientação jurisprudencial atual normalmente relativiza tal conclusão, a fim de que, ainda que o alimentante não detenha condições de adimplir o encargo, fique garantida, pelo menos, a possibilidade do necessitado receber os alimentos. Tal alternativa traduz-se na fixação de valor simbólico ou

⁵⁰ CAHALI, 2002. P. 723

⁵¹ VELOSO, 2002. P. 20 apud GONÇALVES, 2009. P. 486

suspensão temporária do pagamento, que se altera tão logo modifique-se o estado econômico do alimentante.

Ainda em relação às possibilidades do alimentante dentro da relação conjugal, Rizzardo salienta que não se pode confundir o débito alimentar com divisão de patrimônio, quando diversos são os pedidos de revisão da pensão alimentícia sob o pretexto do enriquecimento do alimentante. Diz que⁵²

O aumento da possibilidade nem sempre impõe a elevação do montante a pagar (...). Argumenta-se que o nível econômico da vida da pessoa sustentada deve acompanhar o crescimento de fortuna. Mas o acolhimento desta teoria ofende a própria natureza da obrigação. O encargo previsto em lei não equivale a uma participação nas riquezas e nos rendimentos do obrigado.

Novamente se conclui pela coexistência obrigatória de ambos os componentes do binômio, coexistência esta introduzida pelo artigo 1.694, § 1º, ao mencionar que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada, impedindo, portanto, que se leve em conta somente um dos fatores.⁵³

Existe na doutrina menção, ainda, a um suposto quarto elemento constitutivo do direito alimentar, por alguns entendida como condição imprescindível ao estabelecimento da pensão alimentícia: a inexistência de conduta indigna do credor para com o devedor. Tal regra vem, inclusive, estampada no parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil: “com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.” Nery expõe que o Superior Tribunal de Justiça, em sua Jornada 264, permitiu a analogia para aplicação do disposto no artigo 1.814 do Código Civil com fins de interpretação do que seria o chamado “procedimento indigno em relação ao devedor”, aplicando, portanto, as hipóteses para

⁵² RIZZARDO, 2009. P. 755

⁵³ GONÇALVES, 2009. P. 485

exclusão de herdeiros no caso de exclusão da pensão alimentícia por indignidade.⁵⁴

Rizzardo estende tal entendimento, quando afirma que

O procedimento desrespeitoso de revela em várias matizes, ou se desdobra através de atos de cunho moral e pessoal negativo à pessoa do ex-cônjuge. Assim, os costumes desregrados; o indisfarçado e aberto relacionamento sexual com varias pessoas; a difamação da pessoa do ex-cônjuge ou de parentes próximos ao mesmo; a prostituição; o enveredar para a criminalidade; a dilapidação do patrimônio granjeado mais pela profissão e qualidades do ex-cônjuge; a agressão física ou moral e outros atos atentatórios à pessoa daquele que foi seu cônjuge arrolam-se como exemplos de situações aptas a desencadear a cessação de alimentos.

Veja-se que diversos são os entendimentos acerca da possibilidade de suspensão dos alimentos por indignidade, e temerosa a aplicação indiscriminada do artigo 1.708. Contudo, situações extremas possibilitam tranquilamente que o devedor pare de adimplir, mediante autorização judicial, a pensão alimentícia, o que faz com que tal hipótese seja, com razão, inserida como condição ao normal andamento da obrigação alimentar, ou como pressuposto negativo de existência do instituto obrigacional ora abordado.

3.3 Fontes da obrigação alimentar

A obrigação alimentar tem diversas causas jurídicas que lhe dão origem. Pode, nesse sentido, resultar da lei, da vontade humana ou do delito.

Os legítimos, advindos da lei, são devidos em virtude de parentesco ou conjugalidade, pertencendo, portanto, do direito de família. Nesse linha argumenta Cahali⁵⁵:

A obrigação alimentícia ou resulta diretamente da lei, ou resulta de uma atividade do homem. Como legítimos, qualificam-se os alimentos

⁵⁴ NERY JUNIOR; NERY, 2006. P. 932

⁵⁵ CAHALI, 2002. P. 22.

devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (*ex iure sanguinis*), por um veículo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em decorrência do matrimônio (...)

Por sua vez, os alimentos que emanam de uma declaração de vontade são chamados voluntários, e podem ser tanto derivados de acordo entre as partes, como no caso de divórcio ou oferta de alimentos, como derivados de testamento, diferenciados, portanto, na iniciativa bilateral do primeiro e unilateral do segundo.

Citando Nieves Martínez Rodrigues, Madaleno⁵⁶ explica que

Os alimentos voluntários são obrigações que tem sua origem em um negócio jurídico inter vivos, no qual as partes se vinculam voluntariamente em uma relação de alimentos, ou em um negócio mortis causa, em que numa disposição de última vontade alguém decide e ordena a constituição de uma obrigação alimentar e guardam pouca identidade de propósitos com os alimentos devidos entre parentes, cônjuges e conviventes, ainda que nas duas hipóteses o conteúdo seja assistencial.

Por fim, os decorrentes de ato ilícito representam, em verdade, uma indenização à vítima, seja porque esta restou incapacitada ao trabalho por conta do ilícito, seja porque do ato resultou morte, quando a pensão alimentar é direcionada aqueles dependentes do falecido, por conta do agressor.

Cahali explica que⁵⁷

Tem-se pretendido que, distintas as causas geradoras do direito de alimentos, igualmente o seriam as obrigações de distintas causas, seja na sua estrutura interna, seja na sua disciplina jurídica, impossibilitando desse modo uma regulamentação unitária para todas.

Contudo,

(...) inobstante o diversificado das causas geradoras, permite-se afirmar que as dívidas alimentares obedeceriam a um regime jurídico pelo menos parecido. (...) Em realidade, atento ao pressuposto da unicidade de destinação dos alimentos, não se pode pretender –

⁵⁶ MADALENO, 2011. P. 826

⁵⁷ CAHALI, 2002. P. 23

apenas em função da diversidade de causas geradoras da obrigação alimentar – a fragmentação do instituto em compartimentos estanques, informando-se cada modalidade em princípios autônomos, com disciplina jurídica exclusiva e incomunicável.⁵⁸

Dessa forma, a doutrina não diverge em afirmar a correlação entre os diversos institutos alimentares, aplicando-se, ao menos, a principiologia e base fundamental aos diversos tipos legais.

3.4 Tipos de Alimentos

3.2.1. Alimentos Naturais

A obrigação alimentar natural, também chamada de cônica ou necessária, é composta por tudo “(...) aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae* (...)”⁵⁹. Nesse sentido, não foge em excesso daquilo que é contabilizado como despesas mensais do credor, relativas àquelas necessidades vitais de alimentação, cura, moradia, etc.

Assim, leva em consideração tão mais a necessidade do devedor do que a classificação dos alimentos civis, nunca deixando, por óbvio, de considerar também a possibilidade econômica do devedor.

3.2.2. Alimentos Civis

Também chamados de cônica, destinam-se a manter a condição social e o status da família⁶⁰, uma vez que não se referem a aspectos de sobrevivência, e sim às necessidades intelectuais e morais.

⁵⁸ CAHALI, 2002. P. 24

⁵⁹ CAHALI, 2002. P. 18

⁶⁰ GONÇALVES, 2009. P. 457

Cahali explica que são os “(...)abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada”⁶¹ e que “(...) não teriam outro limite senão a capacidade econômica da pessoa obrigada, pelo que, embora fixados na proporção das necessidades do reclamante para viver de modo compatível com a sua condição social, poderiam estender-se por vezes a somas consideráveis.”⁶²

Nesse sentido, tem limites diversos do que aqueles considerados aos alimentos naturais, pois em sua fixação a possibilidade econômica do devedor tem caráter mais proeminente do que nas outras espécies de alimentos. Isso pois, devido à sua função de equalizar o padrão de vida entre as partes da relação obrigacional, não se restringe ao valor contabilizado das necessidades primordiais do credor.

Para a fixação do montante a ser adimplido, uma série de circunstâncias deve ser considerada: a posição social e a situação patrimonial dos sujeitos, aptidões, preparação, etc, tudo em consonância com aquilo que pode pagar o alimentante.⁶³

3.2.3. Alimentos Indenizatórios

A obrigação alimentar indenizatória tem origem na existência do ato ilícito, e decorre dos artigos 948, II, e 950 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

⁶¹ CAHALI, 2002. P. 18

⁶² CAHALI, 2002, P. 38

⁶³ CAHALI, 2002. P. 40

(...)

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Portanto, determina-se a obrigação de sustento daqueles que dependiam da vítima, por parte do responsável pelo dano fatal, ou de auxílio ao próprio paciente quando da lesão não lhe resulta morte mas lhe diminui ou extingue a capacidade laborativa.

Contudo, tal vertente alimentar não pertence ao direito de família, e, portanto, difere das demais classificações em proporção maior do que estas diferem entre si, já que tem origem indenizatória e não familiar ou solidária.

3.5 Alimentos compensatórios

3.5.1. Conceito

Os alimentos compensatórios consistem na pensão alimentícia, paga por um dos cônjuges em favor do outro, que visa a manutenção do padrão de vida constante da união, de maneira equânime entre ambos os consortes, após o desfazimento do vínculo. Isto é, visa eliminar a disparidade econômica e social entre o cônjuge detentor da maior parte do patrimônio amealhado durante a convivência, e também dos rendimentos provenientes da união, e aquele menos favorecido na relação, sejam enquanto durar a partilha, seja porque este último não tem direito, por força de lei, aos bens adquiridos.

Madaleno explica que é cabível diante do término da união conjugal em que um dos parceiros não agrega qualquer bem em sua meação, e fica, por assim dizer, hipossuficiente em relação ao outro, considerando o padrão

econômico experimentado durante a união. Isso em decorrência ou da ausência de aquisições comuns durante o vínculo, ou porque a lei impôs a adoção de regime legal de separação de bens.⁶⁴

Pereira⁶⁵, na mesma esteira, admite a aplicabilidade dos alimentos compensatórios ao afirmar que

(...) nos limites do razoável, é possível, em certos casos, serem os alimentos fixados *ad decorem*, pois não se pode negar ao alimentando – sempre, naturalmente, que o alimentante esteja em condições de proporcionar – o direito de conservar o nível de vida que anteriormente tinha.

Jorge Azpiri define os alimentos compensatórios como prestações periódicas, efetuadas por um cônjuge, em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio, de onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial.⁶⁶

Para sua fixação, comumente são considerados o patrimônio e recursos do casal ao tempo de sua coabitação, sendo estes marcos que exteriorizam a padronagem social e econômica do casal, e que permitem aferir a gradação financeira da pensão que deverá ser prestada com a ruptura da união. Também será considerada a formação e capacidades do credor da pensão, sua habilidade de recolocação no mercado de trabalho e possibilidade de auto-suficiência. Assim, a pensão será fixada “em quantidade suficiente para atender os gastos e alimentos aos quais o cônjuge foi acostumado e que ele por si não tem condições de atingir com o resultado de sua atividade ou labor profissional.”⁶⁷

⁶⁴ MADALENO, 2011. P. 951

⁶⁵ PEREIRA, 2007. P. 36

⁶⁶ AZPIRI, 2002. P. 28 apud MADALENO, 2011. P. 951

⁶⁷ MADALENO, 2011. P. 954

Rolf Madaleno, em seu artigo intitulado “Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios” desenvolve uma tese com base na aplicação do dano moral dentro do direito de família. Nessa linha de pensamento, classifica os alimentos compensatórios como “a primeira semente da responsabilidade civil objetiva” dentro do círculo familiar, identificando esse gênero da pensão alimentícia como “meio de reparar o prejuízo sofrido pela esposa privada, com a separação, dos recursos do casamento que contava para viver”.⁶⁸

3.5.2. Características

Os alimentos compensatórios se aproximam mais dos alimentos civis do que dos naturais, apesar de conter resquícios de ambos. Isso pois levam em consideração, essencialmente, a situação econômica de ambos os cônjuges e as exigências do padrão de vida levado durante o matrimônio, ao invés de considerar somente aquilo indispensável para a sobrevivência do cônjuge hipossuficiente em relação ao outro. Isto é, não se traduz somente no que o credor necessita para sobreviver, e sim naquilo que necessita para sobreviver de modo digno e compatível com o que o outro cônjuge experimenta, quando este último é detentor dos bens e rendas provenientes do divórcio e constantes da união.

Como bem salienta Madaleno, a pensão compensatória tem pauta eminentemente objetiva, indiferente ao motivo do divórcio, pois sua concessão judicial está baseada no desequilíbrio econômico e no empobrecimento do credor.⁶⁹ Seu propósito não é senão indenizar, por tempo determinado ou não, o desequilíbrio econômico causado pela repentina modificação do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido. Compensam aquele desequilíbrio que,

⁶⁸ MADALENO, *in* Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios”. P. 17

⁶⁹ MADALENO, 2011. P. 953

durante a união, era amenizado pela própria vida comum e divisão de recursos de ambas as partes, o que não mais permanece quando se desfaz o vínculo.

Veja-se que não há pretensão de igualdade econômica do casal, apenas há a tentativa de redução dos efeitos prejudiciais decorrentes da súbita mudança nos hábitos e condições dos cônjuges, que é natural quando do término da relação, porém tem o condão de desestruturar aquele menos provido.

Também não existe a exigência da prova da necessidade do credor, pois

(...) o cônjuge financeira e economicamente desfavorecido com a ruptura do relacionamento pode ser credor dos alimentos mesmo tendo meios suficientes para sua manutenção pessoal, pois o objeto posto em discussão é a perda da situação econômica que desfrutava no casamento e que o outro continua usufruindo.

Nesse sentido, a pensão possibilita também, e aí reside seu importante viés social, a readaptação material do cônjuge em situação econômica desfavorável, promovendo uma verdadeira ressocialização. Nos dizeres de Madaleno⁷⁰,

A pensão compensatória permite ao cônjuge alimentando transitar com segurança pela inevitável passagem que fará com algum vagar, para experimentar a sua nova realidade sociofamiliar, desonerando-se de maiores privilégios ou mordomias acessadas pelo matrimônio.

O instituto, portanto, ao corrigir o desequilíbrio econômico entre os cônjuges, tenta evitar o completo abandono do cônjuge na nova etapa da vida. Madaleno cita algumas hipóteses de cabimento dos alimentos compensatórios:⁷¹

(...) quando a mulher fica com a guarda dos filhos ainda pequenos; quando se encontra em transição pessoal e profissional, pois trabalhava antes do casamento e com o matrimônio abandonou seus afazeres e ficou deslocada no mercado de trabalho, necessitando de

⁷⁰ MADALENO, 2011. P. 954

⁷¹ MADALENO, 2011. P. 954

período razoável de adaptação e dos que se encontram na terceira idade e dedicaram a maior parcela de suas vidas aos filhos e ao marido.

Veja-se que os alimentos compensatórios não são decorrência natural de qualquer quebra de vínculo conjugal, não devendo ser tratados como regra geral. São justamente o oposto, exceções à regra dos alimentos comuns, que coexistem com estes quando a situação assim o permitir, e presentes os pressupostos à sua aplicação.

Quanto à duração, podem os alimentos compensatórios serem transitórios ou não. Comumente se vê na prática jurídica a concessão da pensão compensatória por tempo determinado, enquanto resta pendente a divisão do patrimônio dentro do processo de dissolução do vínculo afetivo, ou para que seja dado certo período de tempo ao cônjuge para que este se restabeleça por si mesmo, adquira formação profissional e possa se manter sem o auxílio do outro. Porém, não há empecilho algum para que a pensão seja deferida por tempo indeterminado, nos casos em que o cônjuge não tem bens pendentes de partilha, ou é incapacitado de adquirir profissão ou rendimento por si só.

Sua revisão pode ter diversas causas, como a já citada capacitação profissional do credor, por novo casamento deste – o que não exonera automaticamente o devedor, por força do artigo 1.709 do Código Civil, mas pode gerar suspensão ou diminuição do encargo para o ex-cônjuge –, ou pelo empobrecimento do devedor, muitas dessas sendo também causas de revisão da pensão alimentícia comum.

Veja-se que o aumento da fortuna do credor não autoriza o aumento da pensão, uma vez que não se pretende a igualdade entre patrimônios. Por isso, só cabe a redução ou extinção da pensão se há aumento a fortuna do credor ou se diminuírem os recursos do prestador dos alimentos compensatórios.

3.5.3. Fundamento legal

Os cônjuges, por decorrência do casamento ou união, assumem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família e de um para o outro, conforme dita o artigo 1.565 do Código Civil. Também, estabelecem um dever de mútua assistência (artigo 1.566, III), que, segundo Madaleno, traduz verdadeiro vínculo de solidariedade resultante da lei, nos termos do artigo 265 do mesmo diploma.⁷²

Cahali explica que o dever de mútua assistência entre os cônjuges compreende duas ordens de valores obrigacionais, que não se conflitam, mas antes se completam: “a) o cuidado do cônjuge enfermo, conforto na adversidade, participação nas dores e alegrias; b) o auxílio econômico, quando as circunstâncias o exijam”.⁷³ E são exatamente tais premissas que fundamentam a pensão compensatória: se justifica, materialmente, pelo compromisso de assistência financeira entre os cônjuges, e por outro, tem raízes naquele vínculo de solidariedade concretizado pela união e premissa da instituição familiar iniciada pelo casal.

Ainda, dita o caput do artigo 1.694 do Código Civil que “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social(...)”, regra que permite a aplicação dos alimentos compensatórios, ao possibilitar que os alimentos civis sejam requeridos em atendimento ao padrão social dos envolvidos.

Sobre a modificação deste artigo em relação à codificação anterior, Madaleno⁷⁴ explica que a nova

⁷² MADALENO, 2011. P 953

⁷³ CAHALI, 2002. P. 170

⁷⁴ MADALENO, 2004. P. 196

(...) proposta legislativa está em assegurar à mulher uma pensão para sua manutenção, o mais próximo possível, das condições em que ela vivia quando coabitava com o parceiro alimentante. Assim, para mensurar a contribuição alimentar, serão considerados o patrimônio e recursos do casal ao tempo de sua coabitação, pois são marcos que exteriorizam a padronagem social e econômica do casal, permitindo aferir com boa margem de segurança a gradação financeira da pensão que deverá ser prestada com a ruptura da união.

Portanto, conforme já exposto no capítulo correspondente, os alimentos não são mais restritos ao indispensável à sobrevivência, o que dá lugar à pensão compensatória.

Nesse sentido, veja-se que não há regra específica que coordene a aplicação do instituto, sendo este criação doutrinária fundamentada nos princípios alimentares e conceitos de direito de família. Contudo, como bem explica Madaleno⁷⁵:

Embora nem a pensão transitória nem tampouco a pensão compensatória tenham previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer sobra de dúvida acerca da viabilidade de sua aplicação, tal qual vem se firmando a doutrina e mostrando a jurisprudência brasileira tanto em relação aos alimentos transitórios quanto aos alimentos compensatórios.

E veja-se que, bem como comenta o autor, ainda que não haja dispositivo específico autorizando a fixação de alimentos compensatórios em favor dos ex-cônjuges, vários são os princípios que embasam a pretensão. O principal deles é a chamada solidariedade familiar, dever ético que surge naturalmente entre os entes de uma mesma família e também entre o casal. Nesse sentido, o dever de solidariedade, de não abandono, seja moral ou material, entre duas pessoas unidas pelo casamento ou pela convivência, gera o compromisso de assistir o companheiro necessitado, até que possa manter-se pelos próprios recursos. Esse dever, nessa linha de pensamento, não permitiria que, terminada a relação, o cônjuge que se dedicou exclusivamente à família fosse jogado à própria sorte.

⁷⁵ MADALENO, 2011. P. 952

E tais premissas estão fundamentadas no artigo 3º da Carta Magna, que aponta ser objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de relação estreita com o artigo 226 do mesmo diploma, que protege a instituição familiar e o compromisso moral e humanitário entre os indivíduos.

Portanto, não são poucas as premissas que permitem a aplicação dos alimentos compensatórios, sendo o instituto importante ferramenta social e humanitária.

3.5.4. O instituto no direito internacional

O instituto dos alimentos compensatórios, em verdade, origina-se do direito alemão, derivando do termo *Ausgleichsleistung* – em tradução livre, “linha de compensação” – tendo passado da legislação alemã para a francesa e espanhola. Estas, por sua vez, deram origem ao pensamento argentino, tanto doutrinário quanto jurisprudencialmente, se aplicando ao divórcio sem discussão de culpa, objetivamente com finalidade de restaurar o equilíbrio patrimonial entre os cônjuges.⁷⁶

Ainda, a pensão compensatória foi incorporada pelas legislações da Áustria, Dinamarca, Reino Unido da Grã-Bretanha, Itália, El Salvador, e também em algumas comunidades autônomas da Espanha que detêm legislação própria, como Aragão, Baleares, Ilhas Canárias, Catalunha, Extremadura e Navarra.

Na lei francesa, a pensão compensatória pode ser creditada em valor único, seja pelo pagamento em moeda, pela cessão de créditos ou pela instituição de usufruto do cônjuge desfavorecido nos bens do outro. O artigo 270 do Código Civil Francês prevê a pensão compensatória, tendo caráter definitivo, porque não pode ser revista em razão da modificação dos recursos

⁷⁶ MADALENO, 2011. P. 952

do devedor ou do credor ou dos critérios objetivos para o seu arbitramento.⁷⁷ O direito francês também admitiu que o cônjuge credor percebesse alimentos mesmo quando exercesse uma profissão, já que o labor não supõe a privação do direito aos alimentos compensatórios.

Na Espanha, o artigo 97 do Código Civil regula a pensão compensatória, e ordena que o juiz, na sentença, determine o montante da pensão levando em conta os seguintes critérios: a) os acordos a que chegaram os cônjuges; b) idade e estado de saúde das partes; c) qualificação profissional e probabilidades de emprego; d) dedicação passada e futura à família; e) colaboração financeira para com o outro cônjuge e o lar; f) duração da união; g) eventual perda do direito à pensão; h) riquezas e meios econômicos de ambos os cônjuges e i) outras circunstâncias relevantes. Contudo, seriam estas situações meramente enunciativas, tendo a aplicação, basicamente⁷⁸

dois pressupostos, sendo um deles objetivo, que reconhece o direito aos alimentos compensatórios por uma mera operação aritmética, apurada em razão do desequilíbrio econômico, e como requisito subjetivo cada um dos questionamentos enunciados pelo direito espanhol, que servirão de parâmetro para o julgador montar um verdadeiro quebra-cabeça e ter uma visão global da situação mantida pelos cônjuges durante a convivência e assim quantificar os alimentos compensatórios.

Segundo Madaleno, citando Teresa Marin Garcia de Leonardo, os tribunais espanhóis buscam com a pensão compensar o dever conjugal de socorro, entendimento este inspirado nos pressupostos de solidariedade familiar constantes da união.⁷⁹

⁷⁷ MADALENO, 2011. P. 956

⁷⁸ MADALENO, *in* "Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios". P. 18

⁷⁹ LEONARDO, 2000. P. 88 apud MADALENO, 2011, P. 252

Na Itália, dispositivo assemelhado se encontra na legislação civil, permitindo que, em seu artigo 438, os alimentos sejam fixados levando em conta, além de outros elementos, a posição social do devedor.⁸⁰

Veja-se, portanto, a estranheza que surge do fato do Brasil ainda não ter regulamentado a pensão compensatória, ainda que múltiplas nações já o tenham feito, e da corrente, ainda pequena, porém existente, de aplicação do instituto no país, na forma de analogia e extensão do instituto alimentar comum e por criação dos próprios aplicadores do direito.

3.5.5. Problemática

Não são poucas as polêmicas envolvendo o instituto compensatório. Para muitos autores, é temerária a utilização da pensão compensatória, a maioria justificando na possibilidade de parasitismo do ex-cônjuge, que vive confortavelmente com a pensão paga pelo outro.

Nesse sentido, Madaleno⁸¹ argumenta que

É muito cômodo garantir por lei e por vínculo de um casamento desfeito, às vezes de curta duração, um direito alimentar vitalício, como se fosse um seguro a ser acionado sempre quando o ex-cônjuge ou ex-convivente esbarrasse em dificuldades financeiras, isentando-se dos resultados da condução de sua vida, que são de sua excelência responsabilidade, desde quando se apartou do parceiro, com o qual compartia seu tempo, plano e espaço.

Não é justo garantir duradouro vínculo alimentar, para ser acionado a qualquer tempo, mesmo depois do divórcio, sempre que ocorrer alguma modificação na estratificação social do eterno credor, enquanto o alimentante sequer pode cogitar de sofrer algum insucesso na vida profissional. Deste modo, acaso o ex-cônjuge ou ex-convivente não tenha sido feliz na condução da sua subsistência pessoal, pode acionar seu ex-parceiro por conta de uma expressa codificação que atribui caráter irrenunciável a alimentos entre cônjuges e conviventes, mesmo eles não sendo parentes (...)

⁸⁰ PIMENTEL, 2003. P. 32

⁸¹ MADALENO, 2011. P. 875-876

Contudo, parece distorcido o entendimento de que a pensão seria modo de viver às custas de outrem, quando na verdade ela deve ser imposta mediante certas condições, quais sejam: se for temporária, que o beneficiário, durante o tempo pensionado, busque alternativas de formação profissional e fontes de rendimento; se for por tempo indeterminado, por exemplo, por conta da idade do credor, que este comprove sem margem de erro que definitivamente não pode manter por si mesmo, o que justificaria o auxílio, por vezes não só do ex-cônjuge. Tais condições, portanto, impediriam que o beneficiário da pensão utilizasse desta para fins escusos.

Como explica o autor, o que se pretende aqui que não é que ambos os cônjuges tenham exatamente a mesma condição, e não há pretensão de que a cada nova aquisição de um, o outro venha a ser indenizado igualitariamente. O que se pretende é “ressarcir o prejuízo causado pelo desequilíbrio econômico, compensando as perdas de oportunidades de produção só acenadas para um dos esposos.”⁸² E é exatamente por isso que na pensão compensatória as alterações de fortuna do devedor não justificam a sua revisão, posto que os alimentos compensatórios corrigem o desequilíbrio existente no momento da quebra do vínculo, e não há aferição deste desequilíbrio em momento posterior.

Mas a imposição de condições como as citadas também não é livre de críticas. Segundo Pimentel, a imposição de expectativas, na aplicação do alimentos por tempo determinado, implicaria em juízo de incerteza por parte do julgador, que aguardaria, sem qualquer compromisso concreto, a possibilidade de que tais eventos, como a ascensão profissional, aconteçam e liberem o devedor do encargo. Segundo a autora⁸³

⁸² MADALENO, *in* “Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios”. P. 21

⁸³ PIMENTEL, 2003. P. 34

A alteração de uma situação de fato, naturalmente, só pode ser considerada se e quando ocorrida, se afigurando descabido o seu reconhecimento por antecipação, para exonerar o obrigado do pagamento da pensão, não só pelo fato da solução de contrapor à lei, como também por ser capaz de conduzir a uma situação injusta, para o próprio prestador da pensão (...)

Em que pese o brilhantismo da autora, parece exagerada a tese. Não só ordenamento jurídico brasileiro permite a existência de sentença condicional, a exemplo do que dita o parágrafo único do artigo 460 do Código de Processo Civil, como também não é impossível que se estabeleça certa segurança à decisão, ainda que pendente resolução condicional. Pode-se, por exemplo, estabelecer malefício ao beneficiário que, por má-fé, se furta de cumprir as condições impostas. Não há aqui dificuldade tamanha em aferir a real situação dos fatos, se há a real possibilidade de cumprimento das condições, ou se existe má vontade, empecilhos e dificuldades, que não se possa estabelecer a pensão compensatória nos termos apresentados. A incerteza acerca da verdade real dos fatos é a mesma presente em qualquer lide judicial, com o grau de certeza proporcional à proximidade do juízo à realidade, à boa vontade das partes e ao bom senso dos procuradores.

Outra polêmica envolve a confusão entre a pensão compensatória e a pretensão de uma paridade de patrimônio e renda, o que não é, em absoluto, o objetivo do instituto. Sobre isso, Rizzardo explica que⁸⁴

Com freqüência, são ajuizados pedidos de revisão de alimentos sob o pretexto da elevação dos rendimentos do alimentante. Argumenta-se que o nível econômico de vida da pessoa sustentada deve acompanhar o crescimento da fortuna daquele. Mas o acolhimento desta teoria ofende a própria natureza da obrigação. O encargo previsto em lei não equivale a uma participação nas riquezas e nos rendimentos do obrigado, especialmente se a modificação da condição econômica surgiu após a separação, sem que o alimentando tivesse contribuído para esta nova realidade.

Também, se discute a existência dos alimentos compensatórios dentro da aferição de culpa na separação judicial litigiosa. Explica-se: com a entrada da Emenda 66/2010, a maioria da doutrina entende pela não-recepção

⁸⁴ RIZZARDO, 2009. P. 755

do instituto da separação litigiosa, com aferição de culpa, que origina a regra do parágrafo 2º do artigo 1.694 do Código Civil. Portanto, já que não recepcionado, não mais existiria a discussão da culpa, pois que esta não mais importa dentro do processo de divórcio, em todo e qualquer quebra de sociedade conjugal, existiria a pretensão para os alimentos compensatórios? Isto é, existentes os pressupostos autorizadores – desequilíbrio econômico, capacidade do alimentante, incapacidade temporária ou permanente do alimentado -, caberia a pensão compensatória mesmo diante de procedimento indigno por parte do credor?

Grande parcela da doutrina tende a manter a restrição da culpa, ainda que não haja mais discussão dentro do divórcio. Madaleno coaduna com este entendimento, ao afirmar que⁸⁵

A pensão compensatória só tem lugar processual quando o cônjuge alimentando, pois busca compensar justamente o desequilíbrio econômico verificado entre a vida de casado e a certa penitência que passará a enfrentar por não ter haurido maiores bens e rendas durante o casamento, capazes de formarem um significativo lastro econômico para gerar folgada e estável subsistência nos ardores da separação judicial. Pela redação legal em vigor, a pensão compensatória é incompatível com os alimentos do cônjuge culpado, cujo valor, como reza o parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil, será meramente o indispensável à sobrevivência do alimentando.

Entrementes, é imperioso ressaltar que a eliminação da aferição de culpa, e a transformação da separação em divórcio dentro da lei brasileira, tem um motivo muito claro: a culpa, assim entendida como violação de algum dos deveres conjugais, é demasiadamente relativa para que seja tratada como requisito objetivo e autorizador ou não de aplicação da pensão alimentícia. Isso pois, os contornos do que seria desrespeitoso, incompatível, com uma relação afetiva nem sempre são claros e precisos, o que traz à discussão da existência de culpa uma variabilidade muito grande.

⁸⁵ MADALENO, 2004. P. 211

E isso reflete, portanto, na concepção apresentada por Rolf Madaleno. Se a discussão da culpa, eliminada do direito de família, fonte de tantos desentendimentos, de não raras humilhações e desgostos ao exigir que a vida pessoal e íntima dos envolvidos seja esmigalhada perante um juízo, já foi considerada um insucesso, o mesmo se aplica ao utilizá-la para efeitos de conceder ou não os alimentos compensatórios ao cônjuge necessitado.

Não se incentiva aqui que se ignore a vida pregressa do casal e todos os descompassos pelos quais passaram as partes. São, de fato, relevantes os motivos pelos quais se separa um casal, conforme, inclusive, exposto no tópico referente à exoneração da pensão alimentícia por indignidade do alimentando, em que foram apresentadas situações que o próprio direito reconhece como ensejadoras da suspensão do vínculo alimentar por absoluto consenso de que não permitem sequer proximidade entre as partes. O que não se recomenda, contudo, é que se promova um retorno à uma prática que não poucas vezes resultou em maior malefício do que benefício, como é a discussão de culpa dentro do processo de desfazimento da sociedade conjugal.

Por conta de todas as discussões apresentadas, sendo estas aqui apenas mero rol exemplificativo das principais polêmicas encontradas na doutrina e jurisprudência, alguns estudiosos propõe modificações no artigo 1.694 do Código Civil, que é o principal ponto de referência da pensão compensatória. Diz o Novo Código Civil comentado, coordenado por Ricardo Fiuza⁸⁶ que

Deve ser acolhida a proposta realizada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família (...) Ainda, conforme a mesma proposta, o parâmetro da fixação da verba alimentar – compatibilidade com a condição social das partes – deve ser substituído pela dignidade como critério no estabelecimento do *quantum* da pensão, já que aquele parâmetro poderá ser interpretado como impossibilidade de diminuição do padrão de vida, sabendo-se que, a depender da situação econômica e financeira dos envolvidos,

⁸⁶ Novo Código Civil comentado, 2004. P. 1552

especialmente dentre aqueles com menos recursos, a diminuição do nível de vida é inevitável.

A modificação, dentro deste entendimento, substituiria o conceito de padrão de vida constante do dispositivo por menção à vida digna, do ex-cônjuge, a ser proporcionada por aquele detentor da maioria dos bens e patrimônio do casal.

A alternativa parece razoável. Se, por um lado, continua a manter a intenção de proporcionar um período de transição confortável ao cônjuge hipossuficiente após o término do vínculo, por outro elimina a confusão acerca de padrão de vida e equivalência de condições sociais entre as partes, o que não é, em absoluto, a objetivo da pensão compensatória.

4 CONTORNOS DA RELAÇÃO FAMILIAR MODERNA: O PAPEL DOS CÔNJUGES NA SOCIEDADE E O CABIMENTO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

4.1 Conceito de família moderna

A família, núcleo primordial de formação social, tem especial atenção dentro de uma sociedade, por constituir exatamente a fonte de toda a cultura social e afetiva, transbordando seus valores para todas as demais organizações institucionais dentro de um Estado.

Já disse Engels que a família é produto do sistema social, ao mesmo tempo que é origem deste, e reflete toda a organização social a qual pertence.⁸⁷

Por isso, é objeto de regulamentação cuidadosa dos ordenamentos jurídicos, cada vez com mais destaque, inclusive na legislação brasileira.

Dita o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁸⁷ FRIEDRICH ENGELS in A origem da Família, da propriedade e do Estado. 4 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980. P. 109 apud MADALENO, 2011. P. 27

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Rizzardo explica que, diante dessa nova ordem constitucional trazida pela Carta Magna de 1988, pode-se concluir os seguintes princípios norteadores: a) igualdade de direitos sobre o homem e a mulher; b) absoluta paridade entre os filhos, independentemente da origem; c) prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal; d) aceitação da união estável e do grupo formado por um dos pais e dos descendentes como entidade familiar; e) substituição do conceito de autoridade pelo de integração na relação entre pais e filhos.⁸⁸

Nesse mesmo sentido se manifesta Madaleno, identificando como principais diretrizes a pluralidade familiar e a igualdade na filiação e dentro da relação conjugal, todas consagradas pela Constituição Federal de 88.⁸⁹

E não só a Constituição regulamenta o conceito de família dentro do Direito Brasileiro. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) introduz a figura da família natural, ampliada e substituta, novas concepções jurídicas de núcleo familiar antes não reconhecidas.

Por óbvio que a lei não tem o condão de restringir a criação social que é a família, diante das mais diversas origens e formas que assume. Por isso, nenhum rol legal é taxativo, tendo apenas a função de exemplificar, para melhor aplicação da lei, os modelos mais comuns.

⁸⁸ RIZZARDO, 2009. P. 14

⁸⁹ MADALENO, 2011. P. 4

Por tal posição de destaque dentro da sociedade, a família, regulamentada pelo direito, não só deste sobrevive. Como bem salienta Espíndola, concorre, além do direito, a tradição, o fundamento social, a moral e a consideração do interesse público, quando se trata de núcleo familiar. Portanto, não só de interesse individual permanece, e os direitos assumem na maioria dos casos caráter de deveres.⁹⁰

Sobre o caráter público das normas atinentes ao direito familiar, Espíndola⁹¹ diz que

(...) Através do interesse da família, se descortina um outro interesse ainda superior que reclama e recebe proteção: “o do próprio Estado, que na solidez e conservação do núcleo familiar haure a sua força e o impulso para seu desenvolvimento”⁹²

Conclui-se que, na realização do direito pessoal da formação familiar, ocorre o desenvolvimento do próprio sistema social em que a família está inserida. Como bem explica Madaleno,⁹³

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado.

Veja-se, portanto, que de vários fatores se constrói o conceito de família: por um lado, as normas legais, de direito privado e público, constitucionais e infra-constitucionais, e uma gama de princípios introduzidos pelo ordenamento jurídico; por outro, conceitos eminentemente sociais, como a moral, a tradição, os costumes, o dever de solidariedade entre os membros do núcleo familiar.

⁹⁰ ESPÍNDOLA, 2001. P. 17

⁹¹ ESPÍNDOLA, 2001. P. 17

⁹² RUGGIERO; MAROI in *Instituzioni di Diritto Privato*. 7 ed. 1948 apud ESPÍNDOLA, 2001. P. 17

⁹³ MADALENO, 2011. P. 5

Concluindo, Rizzardo propõe o seguinte conceito de família, de acordo com as novas definições propostas pela legislação vigente: “o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, identidades de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados.”⁹⁴

4.2 Transformação das relações sociais

Na linha do que disse Rizzardo, não está distante o tempo em que prevalecia o padrão clássico de família⁹⁵, cujo núcleo era representado pelo casal unido pelo casamento formal, entre homem e mulher, e sua prole.

Espíndola explica que a grande transformação das relações sociais se deu basicamente após as duas grandes guerras mundiais, especialmente no que tange à igualdade entre povos e sexos, e o gozo e exercício dos direitos políticos e civis. Importante passagem se transcreve, ao expor que⁹⁶

Arrastados aos campos de batalha os chefes de família, tiveram as mulheres de enfrentar o problema da direção e manutenção da prole, procurando fora do lar ocupações remuneratórias.

Seguindo o exemplo das casadas, as solteiras compreenderam que poderiam obter sua independência econômica, em atividade compatíveis com o seu sexo, obtendo êxito em larga escala e seu aproveitamento na indústria, no comércio e outras profissões.

Afastavam-se assim da vida exclusivamente familiar e dos serviços domésticos. Poderia parecer que se afrouxassem destarte os vínculos de família, em sentido estrito, e que sofressem qualquer diminuição o amor e o respeito entre seus membros.

Assim, a nova concepção de família e de relação social íntima passa a ser gerida por conceitos de igualdade, solidariedade e fraternidade, em detrimento da antiga autoridade e escalonação de posições, normalmente, formada pelo homem, seguido da mulher e dos filhos menores.

⁹⁴ RIZZARDO, 2009. P. 12

⁹⁵ RIZZARDO, 2009. P. 1

⁹⁶ ESPÍNDOLA, 2001. P. 27

Sobre o tema, Madaleno⁹⁷ explica que

Esta nova concepção social de família destinou a cada integrante um papel específico, mas, com efeito, todos os seus integrantes expostos à avaliação pública, vivendo e trabalhando em prol de seu núcleo celular e em benefício de um Estado que, em paralelo, cresce forte e sólido e, deste modo, retribui numa gama de serviços e préstimos sociais que devem, em princípio, cuidar da saúde, da educação e da assistência social daqueles mais necessitados, até a previdência social do que se jubila.

Ou seja, não mais sobrevive o antigo conceito de família, e por consequência, os papéis dos familiares se invertem e modificam constantemente. Cada integrante não mais objetiva o cumprimento de um papel pré-definido, de esposa, pai ou filho, e sim antes busca o crescimento do núcleo, a sobrevivência da família da melhor forma possível.

E tal transformação é facilmente perceptível na sociedade atual, sendo inclusive admitido pela lei constitucional de 1988 quando permitiu-se que a família fosse identificada das mais diversas formas, inclusive em núcleos compostos por um dos pais e a prole, a família informal, a anaparental, a reconstruída, a substituta⁹⁸, para citar alguns poucos.

Madaleno⁹⁹ bem explica essa nova ordem vigente, ao dizer que

Promulgados novos princípios destinados a promover a releitura de um Direito de família engessado e hierarquizado, tem-se por revogados todos os dispositivos ainda insertos na legislação ordinária e em especial no Código Civil Brasileiro, que ainda contemplem uma relação de privilégio para o homem e de subordinação da mulher. Vive a família de hoje um processo de emancipação de seus componentes, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, convertendo-se para o futuro em pessoas socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.

⁹⁷ MADALENO, 2004. P. 124

⁹⁸ MADALENO, 2011. P. 5-24

⁹⁹ MADALENO, 2000. P. 20

Destaque-se desta importante passagem, ainda, a relevância que assume o individualismo dos integrantes de uma família, que ao mesmo tempo que protegem e investem no núcleo em que vivem, não ignoram o próprio crescimento, cultivo da personalidade e realização pessoal, o que torna cada familiar uma parte ativa e fundamental da família e da sociedade.

4.3 O papel feminino e masculino da sociedade

Diante de toda a modificação do conceito de família e da inversão e modificação dos papéis dentro do núcleo familiar, importante salientar a transformação do papel feminino neste contexto.

Veja-se que, majoritariamente, não mais sobrevive o conceito de esposa nos termos da legislação e tradição passadas, como sendo provedora do lar e destinada à criação dos filhos e do casamento. Kich explica que tal transformação se deu, principalmente, após a chamada revolução feminista ocorrida na última metade do século XX, que provocou apelos pela igualdade dos gêneros, a inclusão da mulher no mercado de trabalho e do direito de sufrágio feminino.¹⁰⁰

Assim, surge uma nova figura feminina, que busca a construção da família e a própria evolução em medidas iguais, marcando participação igualitária onde antes somente se via a figura do homem.

E, se por um lado, a mulher assume papéis antes masculinos, o homem também aos poucos invade o campo inverso, dentro de casa, no cuidados dos filhos e da família. E não só isso, os próprios filhos adquirem uma independência, uma interligação com os familiares, antes representada pela autoridade, buscando seu papel dentro de uma família em que cada integrante cumpre sua parte em prol do desenvolvimento social de todo o grupo.

¹⁰⁰ KICH, 2003. P. 80

Aplicando tais premissas, a lei tratou de modernizar as disposições que tratavam do dever masculino e feminino dentro da relação conjugal e familiar. Sendo ambos os cônjuges agora responsáveis pela criação dos filhos e sustento da família, e pelo auxílio recíproco entre si, há severa unanimidade entre os autores jurídicos quando afirmam que o dever alimentar não mais residiria na figura masculina, assim como não só residiria na figura dos pais e ascendentes.

Rizzardo¹⁰¹, neste sentido, explica que “afastam-se os conceitos de família que colocam os seus membros numa posição de subordinação a um chefe, dada a igualdade hierárquica do homem e da mulher no grupo formado” e, em consequência destas modificações, entende que “A vida moderna exige a colaboração mútua dos cônjuges para manutenção da prole do casal, não podendo o dever de alimentar conduzir ao sacrifício de apenas uma das partes.” Isso pois, se há igualdade de papéis e de esforços, a manutenção da família não poderia recair exclusivamente em um dos integrantes.

Nesse sentido também expõe Bahena¹⁰²:

Com a equiparação da mulher e do homem na sociedade conjugal, é claro que os direitos e obrigações são iguais, tanto é que a própria Constituição Federal/88 só veio ratificar e esclarecer o conceito de casamento, o qual diz, de forma bastante simplificada: “Casamento é uma sociedade conjugal.” Ora, se é uma sociedade, os deveres dos sócios tem que ser iguais, tanto na prática como na teoria, pois o casamento não dita atribuições específicas a cada um dos cônjuges separadamente. (...) Se a mulher conquistou seu espaço na sociedade, equiparando-se ao homem, e, diga-se mais, superando-o muitas vezes, é injusto que o mesmo, depois de uma separação ou divórcio, tenha que prestar alimentos indefinidamente à mulher.

Veja-se que em muito a sociedade conjugal tende a se aproximar da sociedade civil, tratando os cônjuges como sócios propriamente ditos, com

¹⁰¹ RIZZARDO, 2009. P. 758

¹⁰² BAHENA, 2006. P. 33

deveres, responsabilidades e papéis similares. Kich¹⁰³ segue esta linha de pensamento, ao afirmar que

Os tempos mudaram. A mulher conquistou postos de trabalho, liberdades e direitos. Em contraposição, adquiriu obrigações. Postulou e conseguiu uma certa igualdade e foi exatamente esta igualdade que o legislador considerou para dizer que ela agora também pode estar no pólo passivo do dever de prestar alimentos.

O dever alimentar exclusivamente masculino, neste sentido, conforme explica Madaleno¹⁰⁴, somente

(...)fazia sentido quando a mulher exercia outro papel na realidade social brasileira, à frente apenas de atividades domésticas, no cuidado dos filhos, da casa e atuando como colaboradora do esposo.

É esta transformação de papéis e inversão de pólos entre o homem e a mulher que representa o maior obstáculo dentro do instituto dos alimentos compensatórios, posto que, ao passo que cada indivíduo se torna independente, também o seria em relação a manutenção do próprio padrão de vida. Seria, portanto, incabível que um dos cônjuges, tradicionalmente o homem, fosse obrigado ao pagamento da verba alimentar destinada à compensação.

Contudo, como se verá adiante, a mudança dos padrões sociais não só permite a aplicação do instituto compensatório como, em sua essência, é a principal razão deste sequer existir. Isto pois, sem que haja a introdução das figuras da solidariedade familiar, do auxílio recíproco, do dever moral entre os cônjuges e da interligação social e afetiva entre os indivíduos, não há que se falar em dever alimentar, seja natural, seja compensatório.

4.4 A aplicabilidade dos alimentos compensatórios

Os alimentos compensatórios não são estranhos ao direito brasileiro. Exemplo disso pode ser visto em antigo aresto do Tribunal de Justiça do Rio

¹⁰³ KICH, 2003. P. 82

¹⁰⁴ MADALENO, 2001. P. 872

Grande do Sul, que, à unanimidade, reconheceram a peculiar natureza compensatória da pensão em prol da mulher, tendo em conta que o vultoso patrimônio rentável tocou ao varão, e considerando que a esposa após o vínculo, batalhava pela formação profissional, sem ainda poder manter o padrão de vida experimentado quando da união.¹⁰⁵

Alimentos compensatórios também foram admitidos no Distrito Federal, onde a pensão foi fixada no valor liminar de 250 salários mínimos mensais em favor da alimentanda, que se viu prejudicada diante do desequilíbrio econômico enfrentado com a separação do casal. O despacho foi reapreciado em 10 de junho de 2009, pela 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no agravo de instrumento n.20080020195721, interposto pela própria credora dos alimentos compensatórios que desejava majorá-los. Entretanto, o tribunal negou provimento ao recurso por entender que o valor fixado, somado aos rendimentos mensais da agravante lhe conferia um elevadíssimo padrão de vida e o valor se mostrava ajustado para uma cognição judicial ainda sumária.¹⁰⁶

Importante citar, ainda, passagem de acórdão proferido pelo TJSP¹⁰⁷, que reproduz exatamente o fundamento da pensão compensatória:

¹⁰⁵ “Alimentos. Ação revisional. Peculiar natureza compensatória da pensão em prol da mulher, considerando que o vultoso patrimônio rentável tocou ao varão. Ação improcedente. Sentença confirmada.” (RJTJRGs n. 588071712, 5ª Câmara Cível, j. em 04.04.1989, Rel. Des. Sergio Pilla da Silva)

¹⁰⁶ “Alimentos compensatórios. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Alimentos compensatórios são pagos por um cônjuge ao outro, por ocasião da ruptura do vínculo conjugal. Servem para amenizar o desequilíbrio econômico, no padrão de vida de um dos cônjuges, por ocasião do fim do casamento. Fixados em valor razoável, não reclamam elevação. Agravo não provido.” (AI n.20080020195721, 6ª Turma Cível do TJDF, rel. Des. Jair Soares, j. em 10.06.2009)

¹⁰⁷ RJ 67/32, 3ª Câmara Cível, j. em 01.04.1980.

A subsistência do ser humano não se consitui simplesmente de alojamento e comida. As necessidades também se medem pelo padrão possível de vida, a condição social da alimentanda e “segundo a faculdade do patrimônio”, na expressão das Ordenações (v. Lafayette, Direitos de Família, p. 128, 1869). Por isso mesmo, Lafayette dividiu os alimentos em naturais, os estritamente necessários para a manutenção da vida, e os civis, taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas. A situação social da autora exige que se lhe custeiem o lazer e outros bens de ordem cultural ou de natureza voluptuária. Não importa, dessarte, que a autora perceba o necessário para viver com decência.

E não só o marido seria compelido à prestação alimentícia. O Tribunal de Justiça de São Paulo manifestou exata concordância com a inversão de pólos da obrigação alimentar, conforme trecho transcrito abaixo:¹⁰⁸

A mulher casada pode ser compelida a prestar alimentos ao marido. Basta que ocorram as circunstâncias legais: necessidade do alimentando e possibilidade econômica da alimentante. É o que tem sido apontado em doutrina e aceito nos Tribunais. O Código insere, dentre os deveres dos cônjuges, o da mútua assistência, art. 231, III. Washington de Barros Monteiro observa que “com essas palavras quis o Código que os cônjuges reciprocamente se obrigam à prestação de socorro material e moral. Uma das finalidades do matrimônio é precisamente o *mutuum adjutorium* nos momentos felizes, como nos instantes de infortúnio. Por mais grave que seja a moléstia de um dos cônjuges, por mais prolongado que se mostre seu mal, cabe ao outro, por dever de solidariedade ou por sublimação, prestar-lhe toda a assistência que for capaz. Além desse conforto moral, cabe ainda aos cônjuges mútua colaboração material, destacando-se nesse tema a obrigação alimentar, que compreende não só a prestação de alimentos propriamente ditos (*alimenta naturalia*), como também de vestuário, transporte, medicamentos e até diversões (*alimenta civilia*). Nesse passo, bem maior se torna a responsabilidade do marido, pois lhe cabe proteger a mulher, tê-la junto a si e ministrar-lhe tudo quanto preciso para as necessidades do lar. Idêntica obrigação também toca à mulher se ela conta com recursos e não possa o marido, por qualquer circunstância, cuidar de si (Lei 4.121 de 27.08.1962, art. 2º)” conclui o festejado jurista (Direito de Família, p. 113)

Veja-se que a mudança social de modernização da família e do papel feminino e masculino, sobretudo a consideração da solidariedade familiar como norte na aplicação do direito, não são estranhos à prática jurídica, ainda que sejam ideais emergentes e não tradicionais.

¹⁰⁸ RT 623/60, 6ª Câmara Cível, j. em 28.05.1987.

A despeito das decisões citadas, o que se vê majoritariamente na prática dos tribunais é a aplicação dos alimentos compensatórios nos processos em que a partilha resta pendente, como medida intermediária, onde um dos cônjuges possui e administra a maioria ou totalidade dos bens do casal, e em referência ao parágrafo único do artigo 4º da Lei 5.478/68. Assim, se mantém a pensão até que esse cônjuge hipossuficiente receba sua parte na meação, ou conclua sua formação ou graduação e possa por si mesmo prover seu sustento.

A exemplo disso, segue ementa do TJRS¹⁰⁹, que representa o entendimento mais aplicado no ramo do instituto compensatório:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL E PARTILHA. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. OBRIGAÇÃO EM VALOR FIXADO PELO JUÍZO A QUO PARA REMUNERAR A SEPARANDA EM DECORRÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO EXERCIDA PELO VARÃO. Correta a decisão que estabeleceu uma espécie de indenização provisória pela exploração do patrimônio comum enquanto não ultimada a partilha de bens, conforme precedentes da Corte.

Contudo, muito mais amplo é o campo dos alimentos compensatórios. Diante da problemática exposta, é compreensível o resguardo do Poder Judiciário em estender a aplicação do instituto. Porém, existem medidas que podem ser aplicadas quando da utilização da tese, para garantir o alcance dos verdadeiros objetivos do instituto.

Nesse sentido, Madaleno propõe os seguintes critérios para verificação e análise antes da concessão dos alimentos compensatórios, baseados nos pressupostos do direito espanhol:¹¹⁰

a) Os acordos a que chegaram os cônjuges. Reconhecendo os cônjuges a ocorrência de desequilíbrio econômico, podem ajustar por

¹⁰⁹ AI 70034501189, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. em 29.04.2010

¹¹⁰ MADALENO, *in* "Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios". P. 28

convênio subscrito por ambos o montante amistoso da prestação dos alimentos compensatórios, ficando o ajuste pendente de ratificação judicial que homologue a separação do casal depois de certificar-se que o conteúdo do acordo não resulta prejudicial para um dos consortes (CC, § único, art. 1.574);

b) A idade e o estado de saúde. A idade e o estado de saúde tanto do credor, como do devedor dos alimentos compensatórios deve ser sopesada, eis que em função dela, as possibilidades de acesso a um posto de trabalho são maiores ou menores;

c) A qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego. A qualificação profissional e as possibilidades de acesso a um emprego são circunstâncias que exigem uma capacidade quase profética do juiz, diz Beatriz Saura Alberdi, podendo ser causa de futura extinção dos alimentos compensatórios se desaparecer o desnível econômico. Especial atenção deve ser conferida se o cônjuge já era profissionalmente qualificado, mas não pôde exercer sua profissão durante o matrimônio;

d) A dedicação passada e futura à família. O trabalho dedicado a casa e à família deve ser computado como compensação aos alimentos pelo desequilíbrio econômico;

e) A colaboração com seu trabalho e as atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge. É o trabalho dedicado por um cônjuge à empresa, indústria ou atividade de seu consorte, sem receber nenhuma retribuição pecuniária por seu esforço. É inquestionável o desequilíbrio econômico quando rompidas as núpcias o consorte que contribuiu com seu trabalho deixa inclusive de trabalhar na empresa do ex-consorte, que foi beneficiado pelo desapegado auxílio do parceiro afastado;

f) A duração do casamento e da convivência conjugal. São dois elementos que não podem ser separados, pois não basta computar exclusivamente a duração do casamento, mas associá-la à convivência conjugal, sob pena de os alimentos compensatórios concorrerem com uma separação de fato que, por evidente, não gera direitos e a pensão compensatória exige certa permanência da relação marital. Como observa Maria Paz Sánchez González, “uma convivência muito breve é, em muitas ocasiões, um dado que, a juízo da jurisprudência, permite presumir que a causa do desequilíbrio econômico entre os ex-cônjuges não se encontra no casamento e na sua posterior ruptura, e nessas hipóteses só cabe denegar a pensão;”

g) A eventual perda de um direito de pensão. A perda de uma pensão compensatória, originada por um novo casamento é um critério de quantificação de outra pensão compensatória;

h) A riqueza e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge. Importa considerar que o cônjuge credor dos alimentos compensatórios até pode perceber ingressos por causa de uma relação de emprego, mas esse vínculo laboral não o priva do direito aos alimentos compensatórios quando sua remuneração ou os seus ganhos não sejam suficientes para restabelecer a situação econômico-financeira dos cônjuges existentes durante o matrimônio;

i) Qualquer outra circunstância relevante. Esse é o caráter aberto das circunstâncias determinantes da pensão compensatória, porque outros questionamentos podem influenciar na quantificação dos alimentos compensatórios, menos o exame do motivo da separação do casal.

Veja-se que o que se busca, portanto, é a extensão segura da aplicação dos alimentos compensatórios àquelas situações em que há, de fato, desequilíbrio entre as condições dos ex-cônjuges e possibilidade de que um deles desestruture todo um modo de vida em decorrência do fim do vínculo amoroso. E não somente de forma transitória, mas sim adequada às necessidades do caso concreto, não permitindo uma vida parasitária, mas permitindo uma existência digna à pessoa que, por muitas vezes, se dedica à vida conjugal em detrimento da pessoal.

Os alimentos compensatórios se mostram, neste contexto, como importante ferramenta social, que permite o exercício da solidariedade familiar e busca, em sua essência, que não haja desamparo e dificuldade onde antes havia uma relação afetiva. Como bem diz Cahali¹¹¹, não se descarta a necessidade de uma estrutura jurídica inspirada no interesse social, com vistas à preservação da vida humana e ao seu regular desenvolvimento, que permita exatamente o que possibilitam os alimentos compensatórios.

Não se tira a relevância e fundamento jurídico e moral das críticas apresentadas, no sentido de que o instituto pode tender ao enriquecimento sem causa para a parte credora justamente em decorrência da independência e proatividade que cada indivíduo adquiriu diante da moderna sociedade, se não houver a cautela de análise pormenorizada do caso concreto quando da decisão judicial. Contudo, em sentido diametralmente oposto e mais próximo à visão moderna de sociedade, a realidade é que é exatamente esta transformação social da mulher e da família que possibilita a aplicabilidade do instituto dos alimentos compensatórios. Explica-se: somente em um cenário familiar solidário e humanizado existe a possibilidade de que um cônjuge possa

¹¹¹ CAHALI, 2002. P. 34

ser auxiliado pelo outro além daquilo que necessita à sobrevivência, objetivando não só a existência, mas sim a existência digna, daquele materialmente desamparado após a dissolução do vínculo conjugal. São os pressupostos introduzidos pela Carta Magna de 88, a inserção plena da mulher na sociedade, a consideração da afetividade e da importância do ser humano como parte integrante da família e do mundo que embasa o conceito de alimentos compensatórios. E ainda, somente com a morte do papel submisso da mulher pode se falar em obrigação ética e alimentar recíproca, posto que não mais se descarta a possibilidade de pagamento da verba em prol do homem, visão que há tempos atrás sequer seria cogitada.

O que não se pode confundir é o conceito de alimentos compensatórios com enriquecimento ilícito, fonte fácil de rendimento, ou qualquer instituto que enseje uma vida parasitária do ente menos favorecido na relação conjugal. Aqui, se pode falar sim em auxílio recíproco, em solidariedade entre entes que já foram intimamente ligados, o que só é possível, em última análise, diante de um cenário onde os direitos fundamentais, principalmente o direito à uma vida digna, estejam firmemente consolidados na ordem jurídica.

Qualquer norma absoluta, no campo do Direito de Família, tende à catástrofe mais do que tende ao benefício de quem quer que seja. E isso facilmente se explica, pois que, assim como vários outros ramos do Direito, as normas familiares estão sujeitas a um número de variações sociais. Por isso, é tão perigosa a classificação dos alimentos compensatórios como parasitários. Há, sim, situações em que serão mal interpretados, pois que são naturalmente polêmicos e dotados de riscos em sua aplicação. Porém, não se pode generalizar um instituto pelos possíveis riscos que pode trazer, em detrimento de todo um embasamento jurídico e social que permite que os alimentos compensatórios sejam um instrumento a benefício da sadia convivência social e da possibilidade de vida digna e equânime entre os indivíduos ligados entre si por um mesmo círculo social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os alimentos compensatórios tem origem na norma esculpida pelo artigo 1.694 do Código Civil, que permite que a pensão alimentícia atenda, além das necessidades vitais do credor, também aquelas decorrentes do padrão de vida, classificadas pela doutrina como civis. Aplica-se ao instituto, ainda, toda a gama principiológica ao instituto, além dos dogmas fundamentais de solidariedade familiar, dever moral de auxílio e respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, destinam-se os alimentos compensatórios a corrigir o desequilíbrio econômico proveniente da quebra da relação conjugal, quando um dos cônjuges detém a maioria do patrimônio, enquanto o outro aguarda pela partilha ou não tem direito à meação por força de lei. Visa, portanto, estabelecer um contexto em que o cônjuge hipossuficiente não fique desamparado materialmente na fase pós separação, quando tem de, além de lidar com a perda emocional, reconstruir todo o seu sistema de vida.

Diante desta proposta, alguns doutrinadores estabelecem críticas ao instituto, majoritariamente, concernentes à insegurança do estabelecimento de pensão destinada às necessidades não vitais e ao comodismo do credor de tal verba. Contudo, o que se observa é que existe uma série de critérios a serem observados quando do deferimento da pensão, que permitem que não seja desvirtuado o real propósito da pensão. Entre tais critérios, destaca-se um dos mais importantes, que é a aferição da capacidade laborativa do cônjuge, pois a partir desta análise, pode se assegurar que, se capaz, este vai depender da pensão somente até restabelecer uma atividade econômica, e se incapaz, que esta incapacidade seja plenamente justificada, e que não haja apenas comodismo por parte do credor. Assim, rebatem-se as críticas apresentadas, e se insere o instituto compensatório entre umas das importantes ferramentas de inclusão social da atualidade.

A transformação das relações sociais, do conceito de família e a importante modificação do papel feminino na sociedade, neste contexto, e em viés diametralmente oposto ao que pensam alguns estudiosos, não impedem a aplicação dos alimentos compensatórios, e sim o autorizam. Isso pois, sem que houvesse a introdução do conceito de solidariedade familiar, da efetiva integração dos indivíduos, e da consideração da mulher como parte ativa dentro de uma sociedade, não haveria que se falar em auxílio recíproco entre ex-cônjuges.

Veja-se que os alimentos compensatórios são extremamente convergentes com a nova concepção de sociedade moderna, mais unida, solidária e integrada. Posto que cada indivíduo exerce seu papel e ajuda na construção de cada ente social a qual pertence, todos adquirem equivalência entre si, e o vínculo e dever moral estabelecido entre os familiares e, especialmente, entre os cônjuges sobrevive à quebra da união, permitindo que um auxilie o outro no momento de reconstrução das vidas e patrimônio agora separados.

Assim, os alimentos compensatórios, em última análise, são expressão de alguns dos objetivos basilares da República Federativa do Brasil, quais seja, a existência digna da pessoa humana e a isonomia harmônica entre os indivíduos pertencentes à um mesmo grupo social.

REFERÊNCIAS

- ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. Os Alimentos no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Temas e Ideias Editora, 2004.
- AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Separação e divórcio: teoria e prática. 6 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.
- AZPIRI, Jorge. Regime de bienes em el matrimonio. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- BAHENA, Marcos. Alimentos e União Estável à luz da nova lei civil. Leme: Mizuno, 2006.
- BELCHIOR, Stélio Bastos. Obrigação alimentar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CAMPOS JÚNIOR, Aluísio Santiago. Direito de família: aspectos didáticos. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. Alimentos e Coisa Julgada. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- CICCO, Cláudio de. Direito: tradição e modernidade. São Paulo: Ícone, 1993.
- DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: o preconceito e a justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ESPÍNDOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2001.

FERNANDES, Iara de Toledo. Alimentos Provisionais. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Orlando. Direito de família. 14 ed. Atualização de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume IV: direito de família. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KICH, Bruno Canísio. Direito de Alimentos e assistência familiar. Campinas: Agá Juris, 2003.

LEONARDO, Teresa Marin García de. El derecho de familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Alimentos. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. Curso de Direito de Família. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Direito de família: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Direito de família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Novas perspectivas no Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. Direito de família no novo código civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

_____. Instituições de Direito de Família. Leme: Editora de Direito, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. 4 ed. São Paulo: RT, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Lei de Alimentos comentada. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Novo Código Civil comentado. Coord. Ricardo Fiúza. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PARIZZATO, João Roberto. Separação e divórcio, alimentos. 5 ed. Leme: Edipa, 2005.

PEREIRA, Áurea Pimentel. A nova Constituição e o direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

_____. Alimentos no Direito de Família e no Direito de Companheiros. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Ação de alimentos. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

VELOSO, Zeno. Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Villaça. Código Civil anotado e legislação complementar. São Paulo: Atlas, 2004.